

Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten nach schweizerischem Recht

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

Vorgelegt von

Erich Richner

von

Rohr AG

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Nef

Buchdruckerei Keller Aarau 1954

**Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte
der Beamten nach schweizerischem Recht**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten nach schweizerischem Recht

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

Vorgelegt von

Erich Richner

von

Rohr AG

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Nef

Buchdruckerei Keller Aarau 1954

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 7. Juli 1951

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Weiss



Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	15
Abkürzungsverzeichnis	17
§ 1. Einleitung	19
I. Das Problem im allgemeinen	19
II. Die öffentlich-rechtliche Natur des Problems und ihre Bedeutung	19
III. Die konkreten Einzelfragen	21
IV. Bedeutung und Aktualität des Problems	25
V. Die Darstellung des Problems	27

I. Teil

Die Grundlagen zur Bestimmung von Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten

§ 2. Der Begriff des Beamten nach schweizerischem Recht	28
I. Die Beamtengesetze des Bundes und der Kantone	28
1. Die Quellen des schweizerischen Beamtenrechts 28.	
2. Die Rechtsnatur der Beamtengesetze 29.	
3. Die Terminologie der Beamtengesetze 30.	
4. Inhalt und Vollständigkeit der Beamtengesetze 32.	
5. Die vorbildlichen Beamtengesetze der Kantone Luzern und Waadt 33.	
II. Die Umschreibung des Beamtenbegriffes in den schweizerischen Beamtengesetzen	33
1. Umfang und Inhalt des Beamtenbegriffes 33.	
2. Bestimmungen über den Umfang des Beamtenbegriffes 34.	
a) Ämterverzeichnisse 34.	
b) Anwendungsbestimmungen 35.	
c) Uneigentliche Definitionen 35.	
3. Bestimmungen über den Inhalt des Beamtenbegriffes 35.	
a) Beamtengesetz des Kantons Luzern 36.	
b) Beamtengesetz des Kantons Glarus 36.	
c) Beamtengesetz des Kantons Waadt 36.	
d) Bundesangestelltenordnung 36.	

III. Der positiv-rechtliche Begriff des Beamten nach der schweizerischen Theorie und Praxis	37
1. Der Staatsdienst 38.	
2. Der öffentlich-rechtliche Anstellungsakt 40.	
a) Der Anstellungsakt als besonderer Rechtstitel 40.	
b) Die öffentlich-rechtliche Natur des Anstellungsaktes 41.	
3. Die Befehls- und Disziplinargewalt des Staates 43.	
4. Sekundäre Merkmale 45.	
IV. Kategorien und Arten von Beamten	46
1. Kategorien 46.	
2. Arten 47.	
§ 3. Der Begriff der Freiheitsrechte nach schweizerischem Recht	48
I. Definition	48
II. Die Freiheitsrechte als verfassungsmäßige Rechte	49
1. Formelle Charakterisierung 49.	
2. Materielle Charakterisierung 49.	
III. Der Umfang der Freiheitsrechte	51
1. Ausdrückliche Verfassungsgarantien 51.	
2. Stillschweigende Verfassungsgarantien 52.	
IV. Inhalt und Rechtsnatur der Freiheitsrechte	55
1. Der Inhalt 55.	
a) Die Freiheitsrechte als Individualrechte 55.	
b) Die Freiheitsrechte als objektives Verfassungsrecht 56.	
2. Die Rechtsnatur 59.	
a) Die Freiheitsrechte als objektives Recht und als subjektiv-öffentliche Rechte 59.	
b) Die Freiheitsrechte als unmittelbar anwendbare, absolute Rechtssätze 61.	
c) Die Freiheitsrechte als notwendiges Verfassungsrecht 62.	
aa) Im Hinblick auf das Postulat der logischen Richtigkeit des Verfassungsrechts 63.	
bb) Im Hinblick auf das Postulat der ethischen Richtigkeit des Verfassungsrechts 64.	
d) Die Freiheitsrechte als ewige Normen der Verfassung 66.	
V. Die Schranken der Freiheitsrechte im allgemeinen	67
1. Die Notwendigkeit der Freiheitsbeschränkung 67.	
2. Die Vorbehalte der Verfassungen 68.	
a) Die ausdrücklichen Vorbehalte 68.	
b) Die stillschweigenden Vorbehalte 70.	
3. Der Ausnahmecharakter der Freiheitsbeschränkungen 72.	
4. Die Grenzen der Freiheitsbeschränkungen 72.	

	Seite
§ 4. Die grundsätzliche Gleichstellung der Beamten und der Nichtbeamten hinsichtlich der individuellen und der politischen Freiheit	75
I. Die verfassungsrechtliche Grundlage der Gleichstellung	75
II. Das Wesen der Gleichstellung	79
1. Hinsichtlich der individuellen Freiheit 79.	
2. Hinsichtlich der politischen Freiheit 81.	
III. Die Bedeutung der Gleichstellung	85

II. Teil

Die beamtenrechtlichen Schranken der geistig-kulturellen Freiheit

I. Kapitel

Die Rechtslage

§ 5. Die Meinungsfreiheit der Beamten im allgemeinen	89
I. Begriff, verfassungsrechtliche Garantie und Bedeutung der Meinungsfreiheit	89
1. Der Begriff 89.	
a) Wesentliche Merkmale 89.	
b) Unwesentliche Merkmale 91.	
2. Die verfassungsrechtliche Garantie 94.	
a) Garantie und Begriff einzelner Formen der Meinungsfreiheit 94.	
b) Garantie der Meinungsfreiheit als solcher 95.	
3. Die Bedeutung 96.	
a) Im allgemeinen 96.	
b) Im Hinblick auf die Demokratie 98.	
c) Schlußfolgerungen aus der Bedeutung der Meinungsfreiheit 98.	
II. Die grundsätzliche Gleichstellung der Beamten mit den Nichtbeamten hinsichtlich der Meinungsfreiheit	99
III. Die beamtenrechtlichen Beschränkungen der Meinungsfreiheit: der allgemeine Grundsatz	101

	Seite
§ 6. Die Treuepflicht	102
I. Allgemeines	102
II. Der Begriff der Treuepflicht nach der schweizerischen Beamtengesetzgebung	103
III. Der Begriff der Treuepflicht nach der schweizerischen Theorie und Praxis	105
1. Die Rechtsnatur der Treuepflicht 105.	
2. Der Gegenstand der Treuepflicht 106.	
3. Der Inhalt der Treuepflicht 107.	
4. Der Umfang der Treuepflicht 109.	
5. Der aus der Treuepflicht «Berechtigte» 112.	
6. Die Grenzen der Treuepflicht 113.	
§ 7. Spezielle Verhaltenspflichten	116
I. Die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdi- gen Verhalten in und außer Dienst	116
1. Allgemeines 116.	
2. Die positiv-rechtlichen Umschreibungen 117.	
3. Die Auslegung 117.	
a) Grundsätzliches 117.	
b) Der Gegenstand der Pflicht 118.	
c) Der Inhalt der Pflicht 119.	
II. Die Pflicht zu einem höflichen und taktvollen Beneh- men	123
III. Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit	124
1. Allgemeines 124.	
2. Die positiv-rechtlichen Umschreibungen 125.	
3. Die Auslegung 127.	
a) Der Gegenstand der Geheimhaltungspflicht 127.	
b) Die Personen, denen gegenüber Verschwiegenheit zu be- wahren ist 129.	
c) Die Dauer der Geheimhaltungspflicht 129.	
d) Die Grenzen der Geheimhaltungspflicht 130.	
e) Das Verhältnis zwischen Kriminal- und Disziplinarstraf- recht 131.	

2. Kapitel

Praktische Beispiele

§ 8. Vorbemerkungen: Die Folgen beamtenrechtlich unzu- lässiger Meinungsäußerungen	132
I. Disziplinarische Bestrafung	132
1. Die Disziplinarstrafen 132.	
2. Die Disziplinarbehörden 133.	

	Seite
II. Sonstige Folgen	134
1. Beamtenrechtliche Vereinsverbote 134.	
2. Nichtwiederwahl nach Ablauf der Amtsdauer 135.	
3. Die sogenannte administrative Entlassung 136.	
4. Der Entzug des Ruhegehaltes 137.	
5. Die öffentliche Kritik 137.	
6. Strafrechtliche und zivilrechtliche Folgen 137.	
 § 9. Beschränkungen auf Grund der Treuepflicht	 138
 I. Maßnahmen gegen kommunistische Beamte	 138
1. Allgemeines 138.	
2. Kollektive Maßnahmen 140.	
a) Das Verbot der Zugehörigkeit zur «Gewerkschaft des Bundespersonals Basel und Umgebung» 140.	
b) Der Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung 141.	
c) Das Halten kommunistischer Zeitungen durch Beamte 142.	
d) Der Ausschluß der Kommunisten aus dem Staatsdienst einzelner Kantone 143.	
e) Die Auflösung der kommunistischen Partei der Schweiz 144.	
f) Die Aufhebung der Parteiverbote 146.	
g) Neue Maßnahmen gegen vertrauensunwürdige Beamte 146.	
3. Einzelmaßnahmen: acht Beispiele aus der Praxis 147.	
a) Im Bunde 147.	
aa) Vor Inkrafttreten des Bundesbeamtengesetzes 147.	
1. Die Entlassung des Bundesbeamten Emil Küng (1919) 147.	
2. Die Entlassung des Postbeamten Edouard Scherrer (1923) 148.	
bb) Vom Inkrafttreten des Bundesbeamtengesetzes bis zum Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung 150.	
3. Das Verbot kommunistischer Manifestationen und die Entlassung des Bundesbeamten G. Peyer (1929) 150.	
4. Die Entlassung des Postbeamten Jakob Fausch (1930) 151.	
5. Die Entlassung des Bundesbahnbeamten Rudolf Schmid (1930) 151.	
cc) Unter der Herrschaft des BRB betr. Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung 153.	
6. Versetzung ins provisorische Dienstverhältnis im Falle des Telephonbeamten F. F. (1933) 153.	
b) In den Kantonen 153.	
7. Vorübergehende Amtseinstellung eines solothurnischen Lehrers wegen kommunistischer Betätigung (1936) 154.	
8. Entzug der Lehrbewilligung wegen kommunistischer Gesinnung und Betätigung (Kt. Neuenburg 1937) 155.	

II. Maßnahmen gegen rechtsextremistische, insbesondere nationalsozialistische Beamte 156

1. Allgemeines 156.
2. Kollektive Maßnahmen: Unvereinbarkeitsbestimmungen gegenüber rechtsextremen Organisationen 157.
3. Einzelmaßnahmen: sieben Beispiele aus der Praxis 159.
 - a) Im Bunde 159.
 1. Der «Fall Fonjallaz» (1933) 159.
 2. Disziplinarischer Verweis wegen demonstrativer Sympathiebezeugung für das faschistische Italien (1933) 159.
 3. Die Entlassung des Bundesstenographen Kittelmann (1936) 159.
 - b) In den Kantonen 160.
 4. Die Entlassung des Reallehrers Meyer in Schaffhausen (1943) 160.
 5. Die Entlassung des Basler Universitätsprofessors Voechting-Oeri (1944) 161.
 6. Entzug des Ruhehaltes im «Falle Löwer» (1945) 161.
 7. Die Entlassung eines weiteren Professors der Universität Basel (1947) 163.

III. Maßnahmen gegen die im Staatsdienst stehenden Unterzeichner der «Eingabe der 200» 165

1. Die sog. «Eingabe der 200» 165.
2. Verzicht auf Maßnahmen gegen Bundesbeamte, welche die Eingabe unterzeichnet hatten 169.
3. Die Auswirkungen der Eingabe auf die Behördemitglieder und auf die kantonalen Beamten unter den Petenten 171.
 - a) Rücktritte von Behördemitgliedern 172.
 - b) Die Auswirkungen auf die Beamten im Kanton Zürich 172.
4. Der Fall des aargauischen Staatsarchivars und Kantonsbibliothekars im besonderen 175.

§ 10. Beschränkungen auf Grund spezieller Verhaltenspflichten 180

I. Beschränkungen auf Grund der Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten und zu höflichem und taktvollem Benehmen 180

1. Zwei Einzelfälle 180.
 - a) Die Affäre Späni/Roner (1904) 180.
 - b) Vorübergehende Amtseinstellung und Versetzung des Bundesbahnbeamten C. D. (1933) 181.
2. Der «Fall Mutzner» im besonderen 183.
 - a) Sachverhalt 183.
 - b) Die Erwägungen der Disziplinarkommission: das richtunggebende Präjudiz für die Meinungsfreiheit der Beamten in der Schweiz 187.

	Seite
II. Beschränkungen auf Grund der Pflicht zur Amtsschwiegenheit	195
1. Der «Fall Däniker» 195.	
2. Das Mitspracherecht der Instruktions- und Generalstabsoffiziere in Fragen der Armeereform 196.	
3. Ein Schweigegebot für Lehrer 197.	

III. Teil

Die beamtenrechtlichen Schranken der wirtschaftlichen Freiheit

1. Kapitel

Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung

§ 11. Die Handels- und Gewerbefreiheit	199
I. Der Begriff	199
II. Beamtenverhältnis und Handels- und Gewerbefreiheit im allgemeinen	201
III. Die beamtenrechtlichen Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit	204
1. Die positiv-rechtlichen Vorschriften 205.	
a) Bundesbeamtenrecht: Die Gesetzestexte und ihre Auslegung 205.	
aa) Gesetzestexte 205.	
bb) Auslegung 207.	
1. Frühere Regelung 207.	
2. Der Grundsatz 207.	
3. Ausdehnung der Unvereinbarkeit auf Drittpersonen 210.	
4. Das Verbot auf Erwerb gerichteter Nebenbeschäftigungen 211.	
5. Bewilligungspflichtige Nebenbeschäftigungen 214.	
6. Die Beteiligung an Erwerbsgesellschaften 215.	
7. Die Beteiligung an der Verwaltung und Leitung von Konsumvereinen und -genossenschaften im besonderen 218.	
8. Der Kleinverkauf alkoholischer Getränke 220.	
b) Kantonaues Beamtenrecht: Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen 221.	
2. Die Motive der Beschränkungen: die ratio legis 229.	
a) Beschränkungen im Interesse des Dienstes 229.	
aa) Die Gewährleistung gewissenhafter Pflichterfüllung 229.	
bb) Die Erhaltung der Arbeitskraft des Beamten für das Amt 229.	

- cc) Die Erhaltung der Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit des Beamten 230.
- dd) Die Gewährleistung einer unparteiischen Verwaltungstätigkeit 230.
- b) Beschränkungen im Interesse der Konkurrenzfähigkeit der privaten Erwerbstätigen 231.
- 3. Die Verfassungsmäßigkeit der Beschränkungen 232.
- 4. Die Folgen einer Mißachtung der Beschränkungen 236.

2. Kapitel

Die Freiheit wirtschaftlicher Vereinigung

§ 12. Vorbemerkungen: Aktualität und Bedeutung des Problems	238
§ 13. Das Streikverbot	241
I. Der Streik im allgemeinen	241
1. Der Begriff des Streiks 241.	
2. Die Rechtsfolgen des Streiks 242.	
3. Das sog. «Streikrecht» 244.	
II. Der Beamtenstreik im besonderen	245
1. Der Beamtenstreik als Amtspflichtverletzung 245.	
2. Der Beamtenstreik als Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten 247.	
3. Der Beamtenstreik als Verletzung des Volkswillens 249.	
4. Der Beamtenstreik als Verletzung öffentlicher Interessen 250.	
5. Der Sonderfall des sog. Aufkündigungsstreiks 253.	
§ 14. Die Koalitionsfreiheit	254
I. Begriff und verfassungsmäßige Garantie	254
1. Der Begriff 254.	
2. Die verfassungsrechtliche Garantie 256.	
II. Die grundsätzliche Gleichstellung der Beamten mit den Nichtbeamten	258
III. Beamtenrechtliche Beschränkungen der Koalitionsfreiheit, insbesondere das Verbot der Zugehörigkeit zu Vereinigungen, die den Beamtenstreik vorsehen oder anwenden	259
1. Der allgemeine Grundsatz, seine gesetzliche Regelung und seine Anwendung 259.	
a) Der allgemeine Grundsatz 259.	
b) Die gesetzliche Regelung 260.	
c) Die Anwendung 261.	

2. Das Verbot der Zugehörigkeit zu Vereinigungen, die den Beamtenstreik anwenden oder vorsehen 262.
 - a) Die logische Notwendigkeit des Verbotes 262.
 - b) Die Auslegung des Verbotes 263.
 - c) Zuständigkeitsvorschriften 264.
 - d) Die Anwendung des Verbotes 265.
 - e) Der Schutz des nichtstreikenden Beamten gegen Maßnahmen seines Verbandes 266.
 - f) Maßnahmen gegen Vereinigungen, die den Beamtenstreik anwenden oder vorsehen 267.
3. Beamtenrechtlich unzulässige Koalitionsmittel außer dem Streik 267.
4. Beamtenrechtlich erlaubte Koalitionsmittel 268.

IV. Teil

Die beamtenrechtlichen Beschränkungen der übrigen Freiheitssphäre

§ 15. Die Niederlassungsfreiheit	270
I. Der Begriff	270
II. Die beamtenrechtlichen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit	271
1. Der allgemeine Grundsatz 271.	
2. Die Residenzpflicht 272.	
a) Die Regelung im allgemeinen 272.	
b) Das Bundesbeamtenrecht 273.	
c) Das kantonale Beamtenrecht 276.	
3. Weitere Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit 276.	
a) Die Pflicht zum Bezug einer Dienstwohnung 276.	
b) Versetzung an einen andern Dienstort 277.	
Anhang I: Die einschlägigen beamtenrechtlichen Erlasse des Bundes und der Kantone	278
Anhang II: Ämterlisten oder -verzeichnisse des Bundes und der Kantone	283
Anhang III: Personalbestand in Bund, Kantonen und Gemeinden	285
Anhang IV: Beamtenverbände	287
Literaturverzeichnis	289

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde seinerzeit durch den «Fall Mutzner» — Nichtwiederwahl von Dr. C. Mutzner als Direktor des Eidgenössischen Wasserwirtschaftsamtes wegen Veröffentlichung einer anonymen, gegen die bundesrätliche Elektrizitätspolitik gerichteten Schrift — angeregt. Sie gedieh dann aber bald weit über die Probleme dieses klassischen Einzelfalles zur Meinungsfreiheit der Beamten hinaus und wurde zu einer *Gesamtdarstellung des status libertatis im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis*. Ihr Hauptanliegen ist der Versuch einer Neubesinnung auf das kostbare Gut der individuellen Freiheit, und in diesem Sinne möchte sie als bescheidener Beitrag zur Auseinandersetzung zwischen «geistiger Freiheit und staatlicher Autorität» verstanden sein. Besondere Sorgfalt wurde deshalb darauf verwendet, die zur Bestimmung von Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte maßgebenden Grundlagen aufzuzeigen.

Die Arbeit wurde im Sommer 1950 abgeschlossen. Seither sind verschiedene kantonale Beamtengesetze z. T. tiefgreifenden Revisionen unterzogen worden und einige bemerkenswerte Entscheide ergangen. In der einschlägigen Literatur sind keine wesentlichen neuen Beiträge zu verzeichnen. *Gesetzgebung und Judikatur* wurden deshalb bis zum *Februar 1954* nachgeführt; bei der verarbeiteten *Literatur* wird dagegen auf den *Stand zu Beginn des Jahres 1950* abgestellt.

Es ist mir ein Bedürfnis, bei dieser Gelegenheit allen Stellen, welche die Veröffentlichung dieser Arbeit erleichtern halfen, meinen verbindlichsten Dank auszusprechen. Der Bundeskanzlei, den Staatskanzleien und den Personalämtern in Bund und Kantonen danke ich für ihre wertvolle Mithilfe bei der Sammlung des Materials. Mein besonderer Dank gilt meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Hans Nef für das Interesse, das er dieser Arbeit stets entgegenbrachte.

Zürich, den 1. März 1954

Erich Richner.

Abkürzungsverzeichnis

AS	Eidgenössische Gesetzessammlung. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen.
AVO	Angestelltenverordnung.
BAO	Bundesangestelltenordnung. Verordnung v. 1. April 1947 / 19. Dezember 1949 über das Dienstverhältnis der Angestellten der allgemeinen Bundesverwaltung (Angestelltenordnung).
BB1	Bundesblatt (Jahrgang, Band, Seitenzahl).
BBtG	Bundesbeamtengesetz. BG vom 30. Juni 1927 / 24. Juni 1949 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten.
BG	Bundesgesetz.
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung (Jahrgang, Teil, Seitenzahl).
BIT	Bureau international du travail, Genf.
BIZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung.
BR	Bundesrat.
BRB	Bundesratsbeschluß.
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848—1947.
BStR	Bundesstaatsrecht.
BtG	Beamtengesetz.
BtO	Beamtenordnung.
Bvers.	Bundesversammlung.
DJZ	Deutsche Juristenzeitung.
Erw.	Erwägung.
Inst.	Institutionen.
i. S.	in Sachen, im Sinne.
KV	Kantonsverfassung.
l. c.	loco citato.

Masch.Schr.	Maschinenschrift.
N	Note, Fußnote.
NF	Neue Folge.
NR	Nationalrat.
NZZ	Neue Zürcher Zeitung.
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege.
R.	Recht.
RBG	Reichsbeamten-gesetz, Gesetz vom 31. März 1873 betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten (Reichsgesetzesblatt 1873 S. 61).
RRB	Regierungsratsbeschluß.
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung.
StenBull	Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung.
StR	Staatsrecht, Ständerat.
StR d. Kte.	Staatsrecht der Kantone.
Verf.	Verfassung.
Verw.	Verwaltung.
Verwaltungsentscheide	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden. Heft 1—17, 21 und 22, 1927—1945, 1951/52.
VerwR.	Verwaltungsrecht.
VO	Verordnung.
VVO	Vollziehungsverordnung.
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern).
Zentralblatt	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich).
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel).

(Weitere Abkürzungen bei Karl Oftinger, Vom Handwerkszeug der juristischen Schriftstellerei, Zürich 1944, S. 7 ff.)

§ 1. Einleitung

I. Das Problem im allgemeinen

Begriffe bezeichnen Fragen ¹. Der Begriff der Freiheitsrechte und der des Beamten müssen sich somit je auf eine ihnen zu Grunde liegende Frage zurückführen lassen.

Die *Freiheitsrechte* sind eine bestimmte Antwort auf die Frage nach der Verhältnisordnung zwischen Staat und Individuum, nämlich die Antwort des Liberalismus ².

Der *Begriff des Beamten* aber führt zur Frage nach Art und Besonderheit der Beziehungen zwischen dem Staat und jenen Personen, deren Arbeitskraft und Fähigkeiten er zur Erfüllung seiner Aufgaben bedarf und die er zu diesem Zweck in Dienst genommen hat ³.

Werden diese beiden Begriffe miteinander in Zusammenhang gebracht, so ergibt sich schließlich, als Drittes, die eigentliche *Kernfrage* dieser Arbeit, die Frage nämlich, ob das Beamtenverhältnis jenes Grundverhältnis zwischen Staat und Individuum beeinflusse und wie weit und auf welche Weise sich dieser Einfluß allenfalls geltend mache.

Dies ist das *Problem*, dem die folgenden Untersuchungen gelten und das durch das Thema bezeichnet sein will.

II. Die öffentlich-rechtliche Natur des Problems und ihre Bedeutung

Die Freiheitsrechte und das Beamtenverhältnis sind nach heutiger Auffassung unbestrittenermaßen öffentlich-rechtlicher Natur ⁴. Wissenschaft und Praxis stimmen diesbezüglich überein. Es sind deshalb auch alle Fragen, die sich aus der Gegenüberstellung dieser Rechts-

¹ Vgl. Burckhardt, Methode 23 ff., 57 ff., insbes. 59/60, 70 ff., 119/120.

² Dies wird besonders deutlich ausgesprochen bei Hans Huber, Verfassungsrechte 2a, ferner bei Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 52 und 61, StR d. Kte. 18, 50 f., 162 ff., insbes. 163.

³ Vgl. Fleiner, BStR 238; Fleiner/Giacometti 650.

⁴ Siehe hinten § 3, IV, 2, a hinsichtlich der Freiheitsrechte, § 2, III, 2, b hinsichtlich des Beamtenverhältnisses.

verhältnisse ergeben, und mit ihnen das *Problem* dieser Arbeit selbst *öffentlich-rechtlicher Natur*.

Diese Bezeichnung geht vom Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht aus und erhält erst Sinn, wenn gesagt wird, welches dieser Unterschied ist. Diese Frage ist von der Wissenschaft auf die mannigfaltigste Art und Weise beantwortet worden ⁵. Eine Darstellung der verschiedenen Theorien und der Kriterien, welche sie der Unterscheidung zu Grunde legen, kommt hier indessen nicht in Frage.

Die *praktische Bedeutung* der Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht zeigt sich vor allem in den Fragen nach dem anwendbaren Recht und nach der zur Entscheidung einer Streitigkeit zuständigen Behörde ⁶. Hier hat die Praxis jeweils zu entscheiden, welche Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlicher und welche privatrechtlicher Natur sind. Diese Frage soll die Wissenschaft mit *ihrer* Unterscheidung lösen helfen, wo das positive Recht Zweifel läßt ⁷.

Im Hinblick auf dieses Ziel erscheint es am zweckmäßigsten, den *Begriff des öffentlichen Rechts in dieser Arbeit* im Sinne der herkömmlichen Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht zu verwenden, wie er etwa von *Fleiner* ⁸ definiert wird: «Das öffentliche Recht stellt . . . die Summe aller Rechtsvorschriften für die Regelung der herrschaftlichen Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger dar.» ⁹

Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht spielt indessen für die vorliegenden Betrachtungen keine große Rolle. Es geht hier nicht um jene Fragen, für welche sie praktische Bedeutung hat, sondern um die Frage des Verhältnisses zwischen Beamtenpflichten und Freiheitsrechten. Der Beamte steht aber nicht deshalb in einem besonderen Gewaltverhältnis zum Staat, hat nicht deshalb diesem gegenüber besondere Pflichten, weil das Beamtenverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur ist, sondern dieses ist gerade umgekehrt öffentlich-rechtlicher Natur, weil der Beamte zum Staat in einem besonderen Gewaltverhältnis steht, ihm gegenüber besondere Pflichten hat ¹⁰. Ähnliches ließe sich von den Freiheitsrechten sagen.

⁵ Vgl. Jakob Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, Diss. Zürich 1905; ferner Fleiner, Inst. 45 ff.; Burckhardt, Org. 26 ff.; und die an diesen Orten zit. Lit.

⁶ Vgl. Burckhardt, Org. 26, 29 ff.

⁷ Vgl. Burckhardt, a. a. O.

⁸ Vgl. Fleiner, Inst. 48.

⁹ Anders Burckhardt, Einf. 136 ff., Methode 59 f., 170 ff., 196 ff., Org. 17 ff., 26 ff., 55 ff, insbes. Komm. 586.

¹⁰ Ähnlich Burckhardt, Org. 35 N 37.

Die öffentlich-rechtliche Natur der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse ist also nicht der Grund ihrer Besonderheiten, auf die es in diesem Zusammenhang ankommt, sondern diese sind umgekehrt der Grund für jene. Deshalb ist damit, daß diese Rechtsverhältnisse als öffentlich-rechtliche bezeichnet werden, für die Probleme dieser Arbeit nichts Entscheidendes gewonnen, welche Theorie über den Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht man auch wähle.

Der aufgezeigte Mangel liegt im Wesen dieser Unterscheidung selbst. Sie läßt eben die Frage, *warum* ein bestimmtes Rechtsverhältnis im positiven Recht öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelt ist, und die rechtspolitische Frage, welche Rechtsverhältnisse die eine oder die andere Ausgestaltung erfahren sollen¹¹, stets offen¹².

Die Bezeichnung «*öffentlich-rechtlich*» hat deshalb in dieser Arbeit nur die *Bedeutung*, die zu erörternden Fragen im Sinne der herkömmlichen Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht als dem letzteren zugehörig zu charakterisieren. Im umschriebenen Sinne verwendet, hat sie auch den Vorteil, daß sie begrifflich mit dem allgemeinen Sprachgebrauch übereinstimmt.

III. Die konkreten Einzelfragen

Mit der Gewährleistung verfassungsmäßiger Freiheitsrechte ist die Frage nach der Verhältnisordnung zwischen Staat und Individuum im Sinne der Freiheit dieses letzteren entschieden worden, allerdings unter Vorbehalt der öffentlichen Interessen¹³. Grundsatz ist die Freiheit des Individuums¹⁴. Die Vorbehalte der öffentlichen Interessen erscheinen demgegenüber als Ausnahmen; sie sind aber als solche nichts den Freiheitsrechten Fremdes, sondern ergeben sich im Gegenteil gerade aus deren Sinn¹⁵, sind ihnen also inhärent. Völlig schrankenlos kann die individuelle Freiheit sinnvollerweise gar nicht gewährleistet sein¹⁶, denn das würde ja zum Kampf aller gegen alle führen.

¹¹ Vgl. hiezu die sehr aufschlußreiche Abhandlung von Hans Nef, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Anstellung, ferner die Botschaft des Regierungsrates des Kt. Luzern vom 20. November 1946 zum luzernischen BtG S. 7 ff.

¹² Vgl. Burckhardt, Org. 26 ff., 34 ff.

¹³ Über den Vorbehalt der öffentlichen Interessen vgl. hinten § 3, V, 2, b.

¹⁴ Vgl. z. B. Burckhardt, Methode 159, 211 ff., insbes. 212 und 221; Werner Kägi, Rechtsstaat 138; Hans Huber, Verfassungsrechte 102a.

¹⁵ Vgl. insbes. Giacometti, StR d. Kte. 173 und N 24 daselbst.

¹⁶ Siehe hinten § 3, V über die Schranken der Freiheitsrechte im allgemeinen.

Daraus ergibt sich zweierlei:

1. Ein Einfluß des Beamtenverhältnisses auf die individuelle Freiheit läßt sich nur als *besondere* Minderung derselben denken; denn umfassender, d. h. weniger beschränkt, als sie es durch den Vorbehalt der öffentlichen Interessen für jedermann ist, kann die Freiheit auch für die Beamten nicht sein. Sind Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte für Beamte und Nichtbeamte also verschieden, so können sie demnach für die ersteren immer nur engere, niemals aber weitere sein als für die letzteren.

2. Ist Grundsatz die Freiheit des Individuums¹⁷, so sind die einzelnen Berechtigungen, welche sie ihrem Träger verleiht — dem Wesen der Freiheit entsprechend —, von solch unerschöpflicher Mannigfaltigkeit, daß es geradezu «kindisch, weil praktisch ganz überflüssig» wäre, sie im einzelnen aufzählen zu wollen¹⁸. Der *Umfang der Freiheitsrechte* ist deshalb nie von den einzelnen Berechtigungen her, also in positivem Sinne, zu bestimmen, sondern immer *negativ*, durch Klarstellung der Grenzen, wie sie durch die Beschränkungen festgelegt sind¹⁹.

Nach dem Ausgeführten konzentriert sich das Problem auf die Frage nach den *besonderen* Beschränkungen, denen die Beamten — im Gegensatz zu den Nichtbeamten — in der Ausübung der Freiheitsrechte unterworfen sind; denn — wie festgestellt — kann sich einerseits der Einfluß des Beamtenverhältnisses auf die Freiheitsrechte nur in solchen besonderen Beschränkungen äußern, und andererseits sind sie es zugleich, die Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte bestimmen.

Die Freiheitsrechte gewährleisten dem Individuum Freiheit von staatlichem Zwang²⁰. Beschränkung der Freiheit bedeutet daher immer ein bestimmtes Maß staatlichen Zwanges. Diesen Zwang bringt der Staat zur Geltung, indem er befiehlt und das Befohlene, wenn nötig mit Gewalt, durchsetzt²¹.

Die Adressaten der staatlichen Befehle haben die Grundpflicht, dieselben zu befolgen, d. h. zu gehorchen. Diese allgemeine Gehor-

¹⁷ Vgl. die in N 14 zit. Lit.

¹⁸ Vgl. Burckhardt, Methode 212.

¹⁹ Vgl. Burckhardt, Methode 212 und 220/221; ähnlich Willi Schleweis 1, André Grisel 19, Richard Ernst 9.

²⁰ Vgl. z. B. Fleiner, BStR 318, Inst. 177 ff., 389; ähnlich Fleiner/Giacometti 244; Giacometti, StR d. Kte. 163/164.

²¹ Vgl. hierzu Burckhardt, Einf. 200, Methode 39, Org. 166 ff.

samspflicht²² wird durch die staatlichen Einzelbefehle aktualisiert; jedem Einzelbefehl entspricht die Einzelpflicht, ihn zu befolgen. Das Individuum erscheint dann als Träger ebenso vieler Einzelpflichten²³ als es Adressat staatlicher Einzelbefehle ist²⁴.

Gegenstand und Inhalt der Einzelbefehle und Einzelpflichten sind sich völlig gleich. Die beiden Bezeichnungen geben nur an, ob vom Standpunkt des Staates oder dem des Individuums aus gesprochen wird. Da nun die rechtsstaatliche Betrachtungsweise das Verhältnis zwischen Staat und Individuum vom Standpunkt des letzteren aus betrachtet, spricht man nicht von staatlichen Befehlen, sondern von Pflichten des Individuums²⁵.

Dabei tritt die allgemeine Gehorsamspflicht — ihrer Selbstverständlichkeit wegen²⁶ neben den Einzelpflichten praktisch völlig in den Hintergrund. Das Hauptinteresse richtet sich auf diese letzteren. Nicht die Tatsache des Gehorchenmüssens an sich, sondern Gegenstand und Inhalt der Einzelpflichten bestimmen schließlich den Umfang der Beschränkungen der Freiheit²⁷.

Die Beschränkungen der Freiheit des Individuums ergeben sich demnach aus dessen Pflichten, denn hinter diesen steht ja die Negation jeder Freiheit, der Zwang. Die einzelnen Pflichten werden meist nach ihrem Inhalt oder ihrem Träger bezeichnet²⁸. Werden die *Beamten* als Träger der Freiheitsrechte ins Auge gefaßt, so müssen sich die *besonderen Beschränkungen ihrer Freiheit* aus ihren *besonderen Pflichten* — den *Beamtenpflichten* — ergeben.

Eine Beschränkung der Freiheitsrechte durch das Beamtenverhältnis erscheint somit nur insoweit denkbar, als sich aus diesem besonderen Verhältnis des Beamten zum Staat besondere Pflichten ergeben, *Pflichten, denen vor den Freiheitsrechten der Vorrang einzuräumen ist*.

²² Über die allgemeine Gehorsamspflicht vgl. z. B. Fleiner, Inst. 165, 389; G. Jellinek, System 197/198.

²³ Diese Pflichten der Einzelnen gegenüber dem Staat sind stets öffentlich-rechtlicher Natur; siehe § 1, II.

²⁴ Ähnlich, aber in anderem Zusammenhang, Fleiner, Inst. 389.

²⁵ Über den Einfluß der rechtsstaatlichen Betrachtungsweise auf die Terminologie vgl. Fleiner, Inst. 164.

²⁶ Problematisch wird die allgemeine Gehorsamspflicht nur im Hinblick auf den am Postulat der Gerechtigkeit gemessenen Gegenstand und Inhalt der Einzelpflichten; vgl. Burckhardt, Methode 57 ff., Org. 180 ff., siehe auch N 15 hievon.

²⁷ Vgl. dazu auch Burckhardt, Methode 159 ff., Org. 116 ff.

²⁸ Bezeichnungen nach dem Inhalt z. B.: Militärdienstpflicht, Steuerpflicht; nach dem Träger z. B.: Soldatenpflichten, Beamtenpflichten.

Die Frage aber, welche besonderen Pflichten sich aus dem Beamtenverhältnis ergeben, und die weitere Frage, ob diesen besonderen Pflichten der Beamten vor den Freiheitsrechten der Vorrang einzuräumen sei, wie weit und auf welche Weise das geschehen dürfe, sind — vor allem beim Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen — auf Grund der *Bewertung der in den Freiheitsrechten und im Beamtenverhältnis verkörperten Interessen zu entscheiden* ²⁹.

Die *Freiheitsrechte* gewährleisten dem Einzelnen und damit grundsätzlich auch dem Beamten Freiheit von staatlichem Zwang. Sie bilden damit eine Garantie von Würde und Freiheit des Individuums als eines vernunftbegabten Wesens, eine Sicherstellung seines Eigenwertes in der staatlichen Kollektivität. Sie geben dem Einzelnen die Möglichkeit zu allseitig freier Entfaltung seines Wesens und stellen damit die rechtliche Anerkennung der menschlichen Persönlichkeit dar.

Das *Beamtenverhältnis* ist ein besonders geartetes Dienstverhältnis. Die Beamten sind Staatsdiener und in diesem Sinne staatliche Organe. Ohne tätige Organe gibt es keine staatliche Herrschaft und daher keinen Staat. Jede staatliche Tätigkeit ist entweder Rechtssetzung, Rechtsanwendung oder -vollstreckung. Der Rechtssetzung müssen stets die beiden andern Funktionen, die Rechtsanwendung und -vollstreckung, zur Seite stehen, sonst fehlt dem Recht die Positivität, die Geltung. Die Beamten sind Organe der Rechtsanwendung und -vollstreckung. Mit ihrer Tätigkeit steht und fällt somit die staatliche Herrschaft, der Staat schlechthin, und damit auch die Geltung der Rechtsordnung, denn die Positivität des Rechts liegt ja in der Tatsache, daß es durch die staatlichen Organe angewendet und vollstreckt wird. Die Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses, insbesondere was die den Beamten auferlegten Pflichten und deren Verhältnis zu den Freiheitsrechten anbetrifft, muß also für das einwandfreie Funktionieren der staatlichen Ordnung, auf dem die Geltung des Rechts beruht, Gewähr bieten ³⁰.

Die *Interessen*, deren Bedeutung es im Falle einer Kollision von Freiheitsrechten und Beamtenpflichten gegen einander *abzuwägen*

²⁹ Vgl. dazu auch Burckhardt, Org. 118.

³⁰ Zum Begriff der Geltung der Rechtsordnung vgl. Burckhardt, Einf. 200, Methode 39, 186, Org. 166 ff. — Zur Bedeutung der Beamten für die Geltung der Rechtsordnung vgl. Burckhardt, Org. 130 ff., 174 ff., insbes. 176; ferner Giacometti, StR d. Kte. 182; Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches II S. 176; Schindler, Recht und Staat 115; Hans Nawiasky, Allg. Rechtslehre 86; Ruck, StR 77; Urs Flückiger 11; Viktor Schaller 11.

gilt, sind also: *die Freiheit und die Würde des Individuums* einerseits und *die Geltung der Rechtsordnung*, die ein einwandfreies Funktionieren der staatlichen Ordnung im Sinne der Rechtsanwendung und -vollstreckung, kurz der Rechtsverwirklichung, voraussetzt, andererseits.

Die *Bewertung* dieser Interessen darf nicht etwa nach politischen Maximen vorgenommen werden, sondern hat ihrerseits *auf dem Boden des geltenden Rechts* zu erfolgen. Die *rechtliche Grundlage der Bewertung* muß letzten Endes in der *liberal-demokratischen schweizerischen Staatsidee* ³¹ gesucht werden, wie sie in den Verfassungen von Bund und Kantonen zum Ausdruck kommt ³². Der *liberale Gedanke* verlangt Anerkennung der menschlichen Persönlichkeit aus Achtung vor der Einmaligkeit der Individualität des Einzelnen. Die *demokratische Idee* erblickt im Recht stets den ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen des Volkes und fordert demgemäß Geltung des Rechts, d. h. Anwendung und Vollstreckung desselben, im Sinne der Respektierung und Verwirklichung des Volkswillens.

Bei solcher Bewertung treten die in den Freiheitsrechten und im Beamtenverhältnis verkörperten Interessen als *Postulat der Gerechtigkeit* bzw. als *Postulat des demokratischen Prinzips der Volkssouveränität* in Erscheinung. Ohne Anerkennung der Freiheitsrechte vermöchte nämlich die Rechtsordnung nach der schweizerischen Staatsidee nicht als gerechte Ordnung zu erscheinen ³³. Die Nichterfüllung oder auch eine bloße Vernachlässigung der Beamtenpflichten aber würde die Geltung der Rechtsordnung und damit die Verwirklichung des Volkswillens in Frage stellen.

Von dieser Interessenlage und der für ihre Beurteilung als maßgebend aufgezeigten Bewertungsgrundlage ist auszugehen, wenn es gilt, das Verhältnis zwischen Freiheitsrechten und Beamtenpflichten abzuklären.

IV. Bedeutung und Aktualität des Problems

Das Problem des Umfangs und der Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten wurde schon wiederholt bearbeitet ³⁴. Wenn dies neuer-

³¹ Über die schweizerische Staatsidee vgl. z. B. Werner Kägi, Lage der Schweiz 7 ff.

³² Vgl. z. B. Fleiner/Giacometti 30 ff. über die BV als Verkörperung der schweizerischen Staatsidee.

³³ Siehe § 3, IV, 2, c, bb.

³⁴ In der Schweiz von Walter Fischler und André Grisel; vgl. ferner für das deutsche Recht die neueste der zahlreichen einschlägigen Abhandlungen von Willi Schleweis. Weitere deutsche Monographien im Literaturverzeichnis.

dings geschieht, so deshalb, weil die Frage wieder Aktualität gewonnen hat ³⁵, und zwar in einer Weise, die eine Neubesinnung auf die ihr zu Grunde liegenden Zusammenhänge nicht als überflüssig und wertlos erscheinen läßt. Zudem wurde noch nie der Versuch einer gesamtschweizerischen Betrachtung des Problems unternommen ³⁶.

Die grundsätzliche Infragestellung der individuellen Freiheit, wie sie der denkwürdigste Anschauungsunterricht unserer Zeit vor Augen führt, läßt die Freiheitsrechte wieder in ihrer vollen Bedeutung, nicht nur für das Individuum, sondern für das geistig-kulturelle und das wirtschaftliche Leben überhaupt, erscheinen. Darüber hinaus zeigt die totale Negation der Freiheitsrechte — und das ist hier besonders wichtig —, wie sehr sie die Grundlage der Demokratie in ideeller und funktioneller Beziehung sind.

Die neu gefestigte Erkenntnis des Wertes der Freiheitsrechte führt notwendigerweise auch zu einer Neubeurteilung ihrer Beschränkungen. Gerade von dieser Seite droht ja die Gefahr, sobald das zulässige und notwendige Maß überschritten wird. In Anbetracht der Schwere des Eingriffs, die jeder empfindet, dessen Freiheit beschränkt wird, und ganz besonders im Hinblick auf die Tragweite, welche die Beschränkung der Beamten in der Ausübung der Freiheitsrechte für den Staat hat, dem diese Beamten zugleich als stimmberechtigte Bürger angehören, erscheint der Versuch, in der angedeuteten Art und Weise dem gestellten Problem neuerdings nachzugehen, allein schon unter Berücksichtigung der großen Zahl der Betroffenen ³⁷ gerechtfertigt.

³⁵ Es sei hier schon erinnert:

1. an die sog. *«Eingabe der Zweihundert»*, eine Petition zur Verschärfung der Pressekontrolle während des Krieges, gegen deren Unterzeichner — vor allem soweit es sich um Behördemitglieder und Beamte handelte — vielerorts Maßnahmen ergriffen wurden (siehe hinten § 9, III);
2. an die Diskussion über das umstrittene *Mitspracherecht der schweiz. Instruktionsoffiziere über Fragen der Armeereform*; siehe hinten § 10, II, 2;
3. an die Nichtwiederwahl des ehemaligen Direktors des eidg. Wasserwirtschaftsamtes, Dr. C. Mutzner, wegen dessen Kritik an der offiziellen Elektrizitätspolitik seines Vorgesetzten (siehe hinten § 10, I, 2);
4. an die Bundesratsbeschlüsse über den *Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung* (siehe hinten § 9, I, 2);
5. an die internationale Diskussion über das *Streikrecht der Beamten* (siehe hinten § 13).

³⁶ Die in N 34 zit. Arbeiten von Walter Fischler und André Grisel beziehen sich nur auf die Bundesbeamten und beschränken sich auf eine Darstellung des positiven Rechts.

³⁷ Über die Zahl der Beamten in der Schweiz vgl. die statistischen Angaben im Anhang III.

V. Die Darstellung des Problems

Mit den aufgezeigten Zusammenhängen ist der bei den folgenden Erörterungen einzuschlagende Weg vorgezeichnet:

In einem *ersten Teil* sollen die *Grundlagen zur Bestimmung von Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten* erörtert werden. Zu diesem Zweck sind zunächst der Begriff des Beamten und der der Freiheitsrechte zu umschreiben. Hierauf gilt es, die Stellung der Beamten in der Schweiz hinsichtlich der Freiheitsrechte auf Grund der liberal-demokratischen Staatsstruktur darzustellen, wobei insbesondere der Grundsatz der Gleichstellung der Beamten mit den Nichtbeamten hervorzuheben sein wird, um in den folgenden Erörterungen die Ausnahmen von diesem Grundsatz, die beamtenrechtlichen Freiheitsbeschränkungen, im einzelnen zu untersuchen.

In den *folgenden Teilen* (II—IV) wird ausschließlich von den *Beschränkungen* die Rede sein, denen die Beamten in der Ausübung der einzelnen Freiheitsrechte — im Gegensatz zu den Nichtbeamten — unterworfen sind. Dabei werden die auf die gleichen Interessen gerichteten Freiheitsrechte, soweit tunlich, in Gruppen zusammengefaßt. Von den Interessen, welche das durch jene verfassungsmäßigen Rechte geschützte Individuum verfolgt, stehen — im Hinblick auf das gestellte Problem — die *geistig-kulturellen* und die *wirtschaftlichen* in all ihren Erscheinungsformen weitaus im Vordergrund der Betrachtung. Die Freiheit der Meinungsäußerung — vor allem in politischen Angelegenheiten — verdient dabei, in Anbetracht ihrer großen Bedeutung für das demokratische Staatswesen, besonderes Interesse. Als praktisch wichtigstes und, wenigstens international gesehen, auch aktuellstes Problem im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Freiheit der Beamten muß die Frage der Koalitionsfreiheit und des «Streikrechts» besonders erwähnt werden. Abschließend sollen auch die Freiheitsbeschränkungen außerhalb des geistig-kulturellen und des wirtschaftlichen Bereiches kurz dargelegt werden.

I. TEIL

Die Grundlagen zur Bestimmung von Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten

§ 2. Der Begriff des Beamten nach schweizerischem Recht

Der positiv-rechtliche Begriff des Beamten ist Ausgangspunkt der vorliegenden Erörterungen. Es gilt deshalb, diesen Begriff zu umschreiben, d. h. seine hauptsächlichen Merkmale anzugeben. Dabei ist von den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen auszugehen.

I. Die Beamtengesetze des Bundes und der Kantone

1. Die Quellen des schweizerischen Beamtenrechts

Das schweiz. OR behält im letzten Artikel seines Titels über den Dienstvertrag (Art. 362 I OR) für die «öffentlichen Beamten und Angestellten» — im folgenden kurz die Beamten — das «öffentliche Recht des Bundes und der Kantone» vor. Beamtenrechtliche Bestimmungen sind nun im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone in einer wahren Musterkarte von Erlassen anzutreffen ¹. Hier sind von all diesen Erlassen jedoch nur diejenigen von Bedeutung, welche das Dienstverhältnis der Beamten näher regeln und insbesondere deren Rechte, vor allem aber ihre Pflichten, umschreiben und in diesem Sinne als Beamtengesetze bezeichnet werden können. Es fallen somit in erster Linie alle Beamtenversicherungsgesetze ², sodann die zahl-

¹ Was Hermann Fisch, Das Beamtenverhältnis in der thurg. Zentralverwaltung 51, über den Zustand der Beamtengesetzgebung im Kt. Thurgau ausführt, gilt für die ganze Schweiz: «Ein übersichtliches Beamtenrecht fehlt.»

² Vgl. z. B. BG über die Versicherungskasse für die eidg. Beamten, Angestellten und Arbeiter vom 30. September 1919.

reichen Verantwortlichkeitsgesetze³ sowie Spezialerlasse, z. B. über die Abberufung der Beamten oder die Leistung von Kautionen⁴, außer Betracht. Unberücksichtigt bleiben aber überdies auch jene Spezialerlasse, welche das Dienstverhältnis nur für besondere Arten von Beamten — man denke etwa an die Lehrer und die Polizisten⁵ — regeln⁶.

Die für die vorliegenden Erörterungen wichtigen beamtenrechtlichen Erlasse des Bundes und der Kantone sind die im *Anhang I* zusammengestellten und dort genau zitierten. Sie werden im folgenden einfachheitshalber *Beamtengesetze* (abgekürzt BtG) genannt und, soweit es sich um kantonale Erlasse handelt, lediglich mit dem Namen des entsprechenden Kantons noch näher bezeichnet⁷.

Was nun die Regelung anbetrifft, welche das Dienstverhältnis der Beamten in der schweizerischen Gesetzgebung gefunden hat, ist zunächst ganz allgemein festzuhalten, daß die geltenden Beamtengesetze ihrer Rechtsnatur, ihrer Terminologie, ihrem Inhalt und ihrer Vollständigkeit nach z. T. sehr weitgehend von einander abweichen; und zwar sind die Besonderheiten derart vielfältig, daß auf einige von ihnen hingewiesen werden muß, denn sie erklären die Schwierigkeiten, auf welche eine gesamtschweizerische Betrachtung des Beamtenverhältnisses stößt.

2. Die Rechtsnatur der Beamtengesetze

Die Beamtengesetze des Bundes und der Kantone enthalten zwar alle generelle abstrakte Normen im Sinne von Organisations- und Verwaltungsvorschriften⁸, d. h. Rechtssätze im weiteren Sinne des

³ Vgl. statt vieler: BG über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850 und, als neueste, Graubündner G über die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten und die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften vom 29. Oktober 1944 sowie BtG Bern.

⁴ Vgl. Berner G über Abberufung der Beamten vom 20. Februar 1851 (nunmehr aufgehoben) und Neuenburger Loi sur les cautionnements des fonctionnaires du 24 juillet 1911.

⁵ Vgl. z. B. Dienstreglement für das Polizeikorps des Kt. Solothurn vom 5. März 1919.

⁶ Über die gesetzliche Regelung der *Entlassung* von Beamten vgl. die Zusammenstellung der hauptsächlichsten eidg., kant. und ausländischen Rechtsquellen bei Max Kilchenmann 187 ff.

⁷ Vgl. auch die ebenfalls im Anhang zit. AVO des Bundes, des Kt. Bern und des Kt. Genf sowie die VVO der Kantone Zürich, Aargau, Waadt und Neuenburg.

⁸ Verwaltungsvorschriften im Sinne von Verhaltensrecht für Beamte; vgl. Fleiner/Giacometti 739 N 4; Fleiner, Inst. 61 ff., 67 ff. und die dort zit. Lit.

Wortes⁹ und sind demnach sämtliche *materielle Gesetze* im weiteren Sinne des Wortes^{10 11}. Darin stimmen sie überein.

Dagegen sind sie nicht alle im gleichen *Verfahren* zustande gekommen. Das BBtG und die Erlasse von 20 Kantonen gingen von der Legislative aus — 16 davon unterlagen zudem noch dem obligatorischen oder fakultativen Referendum¹² — und können in diesem Sinne auch *formell* als *Gesetze* betrachtet werden¹³. Die übrigen fünf aber sind Rechtssetzungsakte der kantonalen Exekutive — drei davon bedurften allerdings noch der Genehmigung durch die kantonale Legislative — und mögen in diesem Sinne als *Verordnungen*¹⁴ bezeichnet werden^{15 16}.

3. Die Terminologie der Beamtengesetze

Die Unterschiede in der Terminologie, welcher sich die Beamtengesetze bedienen, zeigen sich schon in deren *Überschriften*. Trotzdem sich ihre Regelungen größtenteils auf eine im wesentlichen gleiche Materie beziehen, tragen keine zwei der insgesamt 26 Erlasse einen

⁹ Im Gegensatz zu Rechtssätzen i. e. S. des Wortes, d. h. generell abstrakten Normen im Sinne von Verhaltensrecht für Private, von Vorschriften also, die *jeden* Bürger verpflichten. Vgl. Fleiner/Giacometti 739.

¹⁰ Im Gegensatz zu materiellen Gesetzen i. e. S. des Wortes, d. h. Rechtssätzen i. e. S. des Wortes. Vgl. Fleiner/Giacometti 742 N 21. — In dieser Eigenschaft von materiellen Gesetzen i. w. S. werden sie in dieser Arbeit denn auch als *Beamtengesetze* bezeichnet.

¹¹ Die hier übernommene Terminologie ist diejenige Giacomettis. Näheres siehe Fleiner/Giacometti 738 ff.; zur Rechtsnatur des BBtG insbes. 741 und N 20 daselbst. Vgl. auch Burckhardt, Komm. BV 665 ff.

¹² Je nachdem, ob die entsprechende KV das obligatorische oder das fakultative Gesetzesreferendum vorschreibt. Vgl. hiezu Giacometti, StR d. Kte. 476 ff.

¹³ Auch im formellen Sinne Gesetze sind die BtG:

- a) der Kantone Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Ob- und Nidwalden, Glarus, Zug, Freiburg, Solothurn, beider Basel, Schaffhausen, Tessin, Waadt, Neuenburg und das des Bundes; sie unterlagen alle auch dem obligatorischen oder fakultativen Referendum;
- b) der Kantone Graubünden, Aargau und beider Appenzell; sie sind Erlasse der kant. Legislative, unterlagen aber keinem Referendum.

¹⁴ Als VO wird hier jeder Rechtssetzungsakt bezeichnet, der nicht von der Legislative, sondern von der Exekutive ausgeht. Vgl. Burckhardt, Einf. 154, Komm. BV 665 ff.; Fleiner, Inst. 61 ff., 67 ff. und die dort zit. Lit. Anders Giacometti StR d. Kte. 486 ff.; Fleiner/Giacometti 520 ff., 790 ff., bes. 770 ff. (Lit. zur VO).

¹⁵ Von der kantonalen Legislative genehmigte Verordnungen sind die BtG der Kantone Zürich, St. Gallen und Wallis. Verordnungen, die keiner solchen Genehmigung unterlagen, sind die BtG der Kantone Thurgau und Genf.

¹⁶ Auf weitere Einzelheiten kann bei dieser allgemeinen Charakterisierung der BtG nicht eingetreten werden.

wörtlich gleichlautenden Titel ¹⁷. Selbst soweit sie gleicher formeller Rechtsnatur sind, weichen sie schon in ihren diesbezüglichen Angaben von einander ab. Neben «Gesetz» und «Verordnung» sind folgende Bezeichnungen zu finden: «Ordnung», «Dekret», «Reglement» und «Regierungsratsbeschluß» ¹⁸. Auch ihren *Gegenstand* geben die Beamtengesetze auf die verschiedenste Weise an. Schon die Mannigfaltigkeit dieser Umschreibungen läßt vermuten, daß sie über den tatsächlichen Inhalt und die Vollständigkeit der Erlasse keinen zuverlässigen Aufschluß geben. Die Durchsicht der einzelnen Regelungen bestätigt denn auch die Vermutung vollauf. So ordnet beispielsweise das Walliser Beamtengesetz weit mehr, als seine Überschrift, «Reglement betr. die Ernennung der Beamten und Angestellten», zu erkennen gibt. Anderseits versprechen von den Erlassen, welche das Dienstverhältnis der Beamten als ihren Gegenstand aufführen, die meisten mehr als sie halten.

Die Terminologie der Beamtengesetze ist aber auch in der Bezeichnung ihrer *Normadressaten* keineswegs einheitlich; und das ist hier von besonderer Bedeutung. Verschiedentlich werden als solche die «Beamten, Angestellten und Arbeiter des Staates» ¹⁹ aufgeführt. Während vielfach auch die «Behörden» der Regelung unterstellt werden ²⁰, bleiben anderseits oft die «Arbeiter» ²¹, seltener auch die «Angestellten» ²² außerhalb derselben. Daneben zählt ein Beamtengesetz in seiner Überschrift auch die Lehrer ²³ und sogar die Pfarrherren ²⁴ als Normadressaten auf, was natürlich keineswegs bedeutet, daß diese Personen allen jenen Beamtengesetzen nicht unterstellt seien, die sie nicht ausdrücklich als Normadressaten nennen ²⁵. Einige der kantonalen Erlasse umschreiben schließlich den Kreis der Personen, an die sie sich richten, durch allgemeine Be-

¹⁷ Siehe die genauen Zitate im Anhang I.

¹⁸ Diese Namen spielen hier weiter keine Rolle. Sie tun insbesondere der vorstehenden Einteilung der Erlasse in Gesetze im formellen Sinne und Verordnungen auch dort, wo sie ihr nicht entsprechen, keinerlei Abbruch.

¹⁹ So in den BtG von Schwyz, beider Basel und Tessin.

²⁰ Vgl. die BtG von Bern, Luzern, Schwyz, Nidwalden, Glarus, Zug und Neuenburg.

²¹ So in den Kantonen Zürich, Luzern, Uri, Nidwalden, Glarus, Zug, Appenzell beider Rhoden, Graubünden, Aargau, Thurgau, Wallis, Neuenburg und Genf.

²² So in den Kantonen Glarus, Freiburg, Graubünden, Aargau, Neuenburg und Genf.

²³ Nämlich das BtG Basel-Land.

²⁴ Vgl. das BtG von Basel-Land.

²⁵ Als Beispiel sei nur das aarg. BtG erwähnt, das in seinem Anhang die Hauptlehrer der Kanttonsschule und der Seminarien in die 14. Besoldungsklasse einreicht, sodaß sie nach der Legaldefinition von § 1 aarg. BtG Beamte sind.

zeichnungen wie «Staatspersonal»²⁶, «fonctions publiques»²⁷ oder einfach «Verwaltung»²⁸.

Je mehr man auf Einzelheiten der Regelungen eintritt, welche das Dienstverhältnis der Beamten gefunden hat, umso deutlicher zeigt sich, welche von Gesetz zu Gesetz verschiedene Bedeutung oft dieselben Bezeichnungen haben. Nicht selten verbergen sich hinter einer sprachlich übereinstimmenden Ausdrucksweise völlig verschiedene Begriffe²⁹.

Nach dem Ausgeführten darf ohne Übertreibung festgestellt werden, daß sich die schweizerische Gesetzgebung über das Dienstverhältnis der Beamten durch «große Unklarheit und Zuchtlosigkeit in der «Terminologie»³⁰ auszeichnet³¹.

4. Inhalt und Vollständigkeit der Beamtengesetze

Die verschiedenen Erlasse weichen schließlich auch ihrem *Inhalt* nach z. T. weitgehend voneinander ab. Es zeichnen sich in dieser Hinsicht zwei Typen ab: einerseits die Gesetze, die das Dienstverhältnis im allgemeinen ordnen, ohne die Besoldungen der einzelnen Beamten festzusetzen, und andererseits jene Erlasse, welche vorwiegend die Besoldungen und nur nebenbei, wenigstens teilweise, auch das Dienstverhältnis im allgemeinen regeln. Diese beiden Typen — reine Dienstpragmatik und reine Besoldungsordnung — sind jedoch selten³². Die Verbindungen beider überwiegen³³. Dabei ist die *Vollständigkeit* der Regelung ihrerseits von Gesetz zu Gesetz manchmal beträchtlich verschieden und läßt gar oft zu wünschen

²⁶ So die BtG von Bern, Solothurn und St. Gallen.

²⁷ Vgl. das waadtländische BtG.

²⁸ Vgl. das thurg. BtG.

²⁹ Das BtG von Appenzell I.-Rh. bezeichnet zur Hauptsache Personen als «Beamte» bzw. «Angestellte», die nach den BtG aller andern Kantone gerade *nicht* Beamte bzw. Angestellte, sondern «Behörden» bzw. «Beamte» sind. Vgl. z. B. §§ 2 ff. BtG Glarus. — Die Beispiele ließen sich vermehren.

³⁰ Mit diesen Worten kritisierte Fleiner, BStR 243, das Bundesbeamtenrecht vor dessen Kodifizierung durch das BBtG von 1927.

³¹ Das liegt nicht etwa am unterschiedlichen Alter der BtG, sind sie doch größtenteils jüngeren und jüngsten Datums.

³² Als reine Dienstpragmatik erscheint vor allem das thurg. BtG; als reine Besoldungsordnungen sind insbes. die BtG von Obwalden und Schwyz anzusehen.

³³ Solche Verbindungen sind die BtG aller Kantone außer Obwalden, Schwyz und Thurgau. Die BtG der Kantone Bern, Luzern, Freiburg, Neuenburg und Genf regeln aber die Besoldungen nicht selbst, sondern verweisen diesbezüglich auf Spezialerlasse.

übrig ³⁴. Die bei weitem unzulänglichste Regelung von allen ist diejenige von Obwalden. Dieser Kanton besitzt überhaupt keinen Erlaß, der als Beamtengesetz betrachtet werden könnte. Das vorhandene «Besoldungsgesetz» enthält lediglich eine recht unvollständige und veraltete Aufzählung der Ämter und der ihren Inhabern zukommenden Entschädigungen ³⁵.

5. Die vorbildlichen Beamtengesetze der Kantone Luzern und Waadt

Die beiden Beamtengesetze, die in jeder Hinsicht am meisten zu befriedigen vermögen, sind das luzernische und das waadtländische. Sie können als eigentliche Kodifikationen des Beamtenrechts dieser Kantone betrachtet werden. Sie sind inhaltlich vollständig, haben eine wissenschaftliche Durchbildung erfahren und fallen durch ihre systematische Gliederung und Art der Regelung sowie auch durch ihre saubere Terminologie sofort auf. Sie sind deshalb für die folgenden Erörterungen von besonderer Bedeutung.

II. Die Umschreibung des Beamtenbegriffes in den schweizerischen Beamtengesetzen

1. Umfang und Inhalt des Beamtenbegriffes

Wie jeder Begriff, so hat auch der des Beamten einen Inhalt (= Summe der Begriffsmerkmale) und einen Umfang (= Anzahl der diesen Begriffsmerkmalen entsprechenden tatsächlichen Gegebenheiten). Die Frage nach dem Inhalt lautet: was ist ein Beamter?, die nach dem Umfang aber: wer ist Beamter?

Einen Begriff definieren heißt, seine Merkmale bestimmen, die Frage nach seinem Inhalt beantworten, nicht aber — und das ist hier festzuhalten — die den Begriffsmerkmalen entsprechenden Erscheinungen aufzählen, den Umfang des Begriffes beschreiben. Nur das erstere ist Definition im eigentlichen Sinne, nicht auch das letztere ³⁶.

³⁴ Was Hans Müller, Staatsarbeiter- und Beamtenrecht S. 9, im Jahre 1919 ausführte, gilt weitgehend auch heute noch: «Die positiven Rechtssätze über das Beamtenrecht sind . . . z. T. recht spärlich und . . . lückenhaft.» Siehe auch N 30.

³⁵ Neben dem Besoldungsgesetz vom 25. April 1920 besteht lediglich ein altes Verantwortlichkeitsgesetz vom 13. Wintermonat 1869. Ein vom Kantonsrat ausgearbeitetes, neues BtG wurde im Mai 1947 vom Obwaldnervolk verworfen; ein zweiter Entwurf wurde am 14. Mai 1950 ebenfalls abgelehnt.

³⁶ Der Unterschied zwischen Umfang und Inhalt des Beamtenbegriffes scheint auch Viktor Schaller vorgeschwebt zu haben (vgl. S. 19).

Wer vom Umfang eines Begriffes spricht, setzt dessen Inhalt, die Begriffsmerkmale, voraus, denn ohne diese ist es gar nicht möglich, zu sagen, welche tatsächlichen Gegebenheiten ihnen entsprechen, d. h. welches der Umfang des Begriffes ist. Andererseits läßt sich aber gerade deshalb umgekehrt im Umfang eines Begriffes auch dessen Inhalt erkennen, denn in den tatsächlichen Gegebenheiten, die jenen ausmachen, müssen sich alle die Merkmale wiederfinden, die diesen bilden.

Dies ist zu beachten, wenn im folgenden die den Beamtenbegriff betreffenden Bestimmungen der Beamtengesetze und der ihnen zugehörigen weiteren Erlasse betrachtet werden.

Überdies ist an die «große Unklarheit und Zuchtlosigkeit in der Terminologie»³⁷ der einschlägigen Gesetzgebung hinsichtlich der Bezeichnung ihrer Normadressaten³⁸ zu erinnern, die es vollkommen unmöglich macht, auf alle Einzelheiten einzugehen.

2. Bestimmungen über den Umfang des Beamtenbegriffes

*a) Ämterverzeichnisse*³⁹

Im Bund wie auch in den Kantonen finden sich Ämterlisten oder -verzeichnisse. Sie sind entweder in den Beamtengesetzen selbst oder in den ihnen zugehörigen Nebenerlassen enthalten. Sie zählen in der Regel sämtliche Ämter einzeln auf, hauptsächlich zwecks Einordnung in bestimmte Besoldungsklassen⁴⁰.

Wer Inhaber eines der aufgezählten Ämter ist, gehört zu den verschieden bezeichneten — im folgenden kurz Beamte genannten — Normadressaten des betreffenden Erlasses. Mit Hilfe der entsprechenden Ämterliste läßt sich daher meist leicht feststellen, *wer* Beamter im Sinne dieses oder jenes Erlasses ist.

Die Aufzählungen der einzelnen Ämter geben somit zwar — je nach ihrer Vollständigkeit⁴¹ — mehr oder weniger genau den Umfang des Beamtenbegriffes an, nicht aber seinen Inhalt, seine Merkmale. Immerhin zeigt sich, daß der Begriff des Beamten durchwegs an den des Amtes anknüpft⁴².

³⁷ Siehe N 30.

³⁸ Vgl. § 2, I, 3.

³⁹ Siehe Anhang II.

⁴⁰ Der BRB vom 7. April 1930 über das Verzeichnis der Ämter, deren Träger die Eigenschaft von Bundesbeamten haben, macht hierin eine Ausnahme.

⁴¹ Die wohl ausführlichste Aufzählung der Ämter findet sich in Art. 26/27 BtG Tessin; sie erstreckt sich über 19 Seiten.

⁴² Vgl. Fleiner, BStR 236; Fleiner/Giacometti 647.

b) Anwendungsbestimmungen

Eine Reihe von Beamtengesetzen umschreiben zu Beginn ihren persönlichen Geltungsbereich. Das folgende Beispiel ist charakteristisch für die Art, wie dies geschieht:

§ 1 I BtG Zürich: «Dieser Verordnung unterstehen die gewählten Beamten und Angestellten der staatlichen Zentralverwaltung, der Bezirksverwaltungen, der Gerichte und Notariate, sowie die Mitglieder der in dieser Verordnung genannten Behörden, soweit für sie nicht andere gesetzliche Bestimmungen gelten.»

Auch mit dieser und ähnlichen Bestimmungen ist für den Inhalt des Beamtenbegriffes nichts gewonnen. Sie umschreiben zwar — wenigstens in allgemeiner Weise — dessen Umfang ⁴³, ohne aber auch über die Begriffsmerkmale etwas auszusagen. Solche finden sich nur ausnahmsweise in den Anwendungsbestimmungen einiger weniger Beamtengesetze, worauf jedoch an anderer Stelle eingetreten wird ⁴⁴.

c) Uneigentliche Definitionen ⁴⁵

Die Beamtengesetze des Bundes und der Kantone Basel-Stadt, Basel-Land, Appenzell I.-Rh., St. Gallen, Aargau, Neuenburg und Genf enthalten Bestimmungen, die zwar ihrem Wortlaut, nicht aber ihrem Inhalt nach Definitionen des Beamtenbegriffes sind ⁴⁶.

So versteht beispielsweise das aargauische Beamtendekret unter Beamten «alle darin aufgezählten Beamten und Angestellten» und verweist damit auf das Ämterverzeichnis (§ 1 I BtG).

Derartige Bestimmungen beziehen sich ihrerseits lediglich auf den Umfang des Beamtenbegriffes und sind deshalb, trotz ihres Wortlautes, keine eigentlichen Definitionen; sie setzen den Inhalt des Begriffes voraus, statt ihn zu umschreiben.

3. Bestimmungen über den Inhalt des Beamtenbegriffes

Nur sieben Erlasse, nämlich die Beamtengesetze der Kantone Bern, Luzern, Glarus, Freiburg, Graubünden und Waadt sowie die

⁴³ Indem sie z. B. erkennen lassen, daß auch die Notare zu den Beamten gehören (vgl. § 1 I BtG Zürich).

⁴⁴ Vgl. Art. 1 I BtG Bern; § 1 BtG Luzern; Art. 1 I BtG Freiburg; Art. 1 I BtG Graubünden; Art. 1 I BtG Waadt. Siehe auch S. 36 f.

⁴⁵ Man mag statt von uneigentlichen Definitionen auch von formellen sprechen, wie dies z. B. André Grisel 8 f. tut.

⁴⁶ Vgl. Art. 1 BBtG; §§ 2 I und 5 I BtG Basel-Stadt; § 2 BtG Basel-Land; Art. 1 II und III und Art. 25 BtG Appenzell I.-Rh.; Art. 2 BtG St. Gallen; § 1 I BtG Aargau; Art. 7 BtG Neuenburg; Art. 2 BtG Genf.

Angestelltenordnung des Bundes, geben über den Inhalt des Beamtenbegriffes, dessen Merkmale, Aufschluß und enthalten somit *Legaldefinitionen* im eigentlichen Sinne. Die vier ältesten und zugleich bedeutendsten lauten:

a) BtG des Kantons Luzern

«§ 1. Der erste Teil dieses Gesetzes gilt für *alle im öffentlich-rechtlichen Dienst des Staates stehenden Personen* mit Ausnahme der Mitglieder des Großen Rates, des Regierungsrates und des Obergerichtes sowie der Lehrerschaft der Volksschulen^{46a}.

§ 2. Öffentlich-rechtlicher Natur ist der Staatsdienst, sofern er *nicht* ausdrücklich auf einer Anstellung durch *zivilrechtlichen* Vertrag beruht oder im Tag- oder Stundenlohn verrichtet wird.

Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis wird durch *Volkswahlen* oder durch *behördliche Ernennung*, in der Regel je für eine gesetzliche Amtsdauer begründet und unterstellt den Gewählten der *Befehls- und Disziplinargewalt des Staates*.»⁴⁷

b) BtG des Kantons Glarus

«§ 18 I. — Beamte im Sinne dieses Gesetzes sind die in einem *öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehenden*, von der Landsgemeinde oder dem Landrat gewählten oder vom Regierungsrat ausdrücklich als Beamte bezeichneten Staatsbediensteten. . . .»^{47a}

c) BtG des Kantons Waadt

Art. 1^{er} al. I. — La présente loi détermine, sous réserve des lois spéciales, le statut général des fonctions de toute *personne qui reçoit de l'Etat un traitement ou un salaire pour exercer, à titre principal ou accessoire, une fonction ou un emploi permanent*.»^{47b}

d) Bundesangestelltenordnung (BAO)

«Art. 2 I. — Als Angestellte im Sinne dieser Verordnung gelten die im Bundesdienst beschäftigten Personen, die weder

^{46a} Ähnlich Art. 1 I BtG Bern.

⁴⁷ Bemerkenswert ist, daß § 2 BtG Luzern gemäß § 67 desselben ausdrücklich auch für *Gemeindebeamte* gilt.

^{47a} Ähnlich Art. 2 II BtG Graubünden.

^{47b} Ähnlich Art. 1 I BtG Freiburg.

Beamte im Sinne des Beamtengesetzes noch Arbeiter im Tag- oder Stundenlohn sind und deren Dienstverhältnis *nicht* auf besonderen bundesgesetzlichen Bestimmungen oder auf *privatrechtlichem Dienstvertrag* beruht.» (Auszeichnungen alle vom Verfasser.)

Die weitaus bemerkenswerteste dieser Definitionen ist diejenige des luzernischen Beamtengesetzes, stellt sie doch die erste und bisher einzige, in eine grundsätzliche Gesetzesbestimmung gekleidete Charakterisierung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses dar ⁴⁸.

Zusammenfassend ist jedoch festzustellen, daß die Beamtengesetze selbst — von der eben erwähnten Ausnahme abgesehen — den Beamtenbegriff entweder überhaupt nicht oder doch nicht in rechtlich genügender Weise umschreiben ⁴⁹. Sie setzen ihn zumeist voraus. Gesamtschweizerisch gesehen kommt noch hinzu, daß jedem Erlaß wieder ein etwas anderer Beamtenbegriff zu Grunde liegt, der natürlich nur innerhalb des Anwendungsbereiches des betreffenden Gesetzes Gültigkeit hat. Es ist deshalb — wie nicht anders zu erwarten — schwierig, aber unerläßlich, eine *allgemeingültige Begriffsbestimmung des Beamten* zu geben. Dies ist nur mit Hilfe von Theorie und Praxis möglich. Dabei ist selbstverständlich auf die Rechtsnormen über das Beamtenverhältnis abzustellen, soweit sich aus ihnen die Merkmale des Beamtenbegriffes ableiten lassen ⁵⁰.

III. Der positiv-rechtliche Begriff des Beamten nach der schweizerischen Theorie und Praxis

Nach der schweizerischen Theorie und Praxis läßt sich der der Gesetzgebung zu Grunde liegende Beamtenbegriff etwa wie folgt umschreiben:

Beamter ist, wer kraft eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsaktes verpflichtet ist, dem Staat Dienste zu leisten, und dabei seiner Befehls- und Disziplinargewalt untersteht ⁵¹.

⁴⁸ Vgl. die regierungsrätliche Botschaft vom 20. November 1946 zum luzernischen BtG S. 7.

⁴⁹ Vgl. Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat 42.

⁵⁰ Vgl. Barthélemy, *Traité élémentaire* 44, der für das franz. Recht dieselbe Schwierigkeit feststellt.

⁵¹ Diese Definition lehnt sich stark an diejenige des luzernischen BtG an, vgl. § 2 desselben, zit. § 2, II, 3, a. Andere z. T. ähnliche Definitionen bei: Fleiner, BStR 240 ff., bes. 242; Fleiner/Giacometti 651 ff., bes. 653; Laband, StR 438; ReichsStR 101; imHof 246a ff., bes. 248a.

Zur Verdeutlichung werden die in dieser Definition enthaltenen Begriffsmerkmale im folgenden einzeln näher erörtert.

1. Der Staatsdienst ⁵²

Der Begriff des Beamten hängt — auch rein sprachlich — aufs engste mit dem des Amtes zusammen. In objektivem Sinne stellt ein Staatsamt «einen durch das öffentliche Recht begrenzten Kreis von staatlichen Geschäften» dar ⁵³; in subjektiver Hinsicht bezeichnet es die Aufgaben, welche von einer einzelnen Person zu besorgen sind ⁵⁴.

Als «Beamter im weitesten Sinne» erscheint demnach «jede Person, welche staatliche Geschäfte verrichtet, *dem Staate Dienste leistet.*» ⁵⁵

So betrachtet kann man die Stimmberechtigten, die Wehrmänner sowie die Mitglieder der eidgenössischen und kantonalen Legislativ-, Exekutiv- und Justizbehörden oder die Mitglieder von Verwaltungskommissionen ebenso gut als Beamte bezeichnen wie etwa die Abteilungschefs und die Kanzlisten der staatlichen Verwaltung oder die Kreispostdirektoren und die Briefträger; sie alle haben bestimmte staatliche Aufgaben zu erfüllen ⁵⁶.

Wenn man alle Personen, welche dem Staate Dienste leisten, *Organe* nennen will, dann ist es zulässig und richtig, die Beamten gesamthaft zu den Staatsorganen zu zählen. Sie sind Staatsdiener und als solche in diesem Sinne Staatsorgane ⁵⁷. Damit ist aber nichts gesagt, was nicht auch schon in der gegebenen Definition enthalten wäre.

Verwendet man dagegen den Ausdruck «Organ» in einem engeren Sinne und versteht man darunter nur die in irgendeiner Form zu spe-

⁵² Diese Bezeichnung wird auch im luzernischen BtG verwendet, vgl. §§ 2 und 3 desselben (zit. § 2, II, 3, a).

⁵³ So Laband, StR 365; Fleiner/Giacometti 458; Gierke, Artikel «Gemeindebeamte» in Holtzendorffs Rechtslexikon II; Preuß 344; Fleiner, BStR 136; ähnlich ImHof 246a.

⁵⁴ Vgl. Fleiner/Giacometti 647.

⁵⁵ Vgl. Fleiner, BStR 236; Fleiner/Giacometti 647, wo auch darauf hingewiesen wird, daß die Bezeichnung «Beamter» in diesem weitesten Sinne — freilich unter Ausschluß der Bundesarbeiter und Wehrmänner — in Art. 61 OR Verwendung findet.

⁵⁶ Vgl. Fleiner, BStR 236; Fleiner/Giacometti 647.

⁵⁷ Dann decken sich, nach der subjektiven Seite hin, die Begriffe «Beamter» und «Organ» in der Tat, wie Fleiner, BStR 236 N 2, ausführt.

zifisch staatlichen Funktionen, zur staatlichen Willensbildung, zur Ausübung der staatlichen Herrschaft berufenen Personen, so geht es nicht an, die Beamten kurzerhand so zu bezeichnen, was aber trotzdem häufig vorkommt⁵⁸. Alle die zahlreichen Staatsdiener, die nicht staatlichen Willen zu bilden, keine rechtsverbindlichen Anordnungen zu treffen, keine staatliche Herrschaft — kurz, keine spezifisch staatlichen Funktionen wie Rechtssetzung, Rechtsanwendung und -vollstreckung — auszuüben haben, sind nicht Organe in diesem Sinne⁵⁹. Sie haben keine Kompetenzen, keine Zuständigkeiten, keine nach außen wirkenden Befugnisse, aber sie sind deswegen nicht weniger Beamte⁶⁰, sofern nur ihre Dienstpflicht auf einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsakt beruht und sie der Befehls- und Disziplinar Gewalt des Staates unterstehen. Man denke nur an die vielen zu technischen und wirtschaftlichen Verrichtungen berufenen Staatsdiener wie etwa die staatlichen Kanzlisten, Kupferstecher, Ingenieure, Bibliothekare, Ärzte usw. Es ist deshalb falsch, den Begriff des Organs in diesem engeren Sinne im Verhältnis zu dem des Beamten als Oberbegriff zu verwenden⁶¹. Zu welch widersinnigen Konsequenzen dies führen müßte, zeigt die Überlegung, daß unter diesem Gesichtspunkt betrachtet z. B. die Polizisten und die Betreibungsorgane Beamte sind, nicht aber die Staatsschreiber oder der Bundeskanzler⁶², denn nur die ersteren sind Organe im umschriebenen engeren Sinne. Ein solcher Schluß widerspricht jedoch den Tatsachen.

Aus diesen Erörterungen ergibt sich auch, daß *Art und Inhalt der zu leistenden Dienste* für den Begriff des Beamten *unerheblich* sind. Das ist allgemein anerkannt⁶³.

Ob der Amtsträger Entscheidungsbefugnis und obrigkeitliche Ge-

⁵⁸ Vgl. Fleiner/Giacometti, wo die Bundesbeamten in einem Unterabschnitt des Kapitels über die Organe des Bundes dargestellt werden, ferner z. B. Viktor Schaller 19; Bernhard R. Garbade 13 ff.

⁵⁹ Vgl. Burckhardt, Einf. 149/150; G. Jellinek, System 224; Hans Müller, Staatsarbeiter- und Beamtenrecht 6; Gierke, Artikel «Gemeindebeamte» in Holtzendorffs Rechtslexikon II, 50; *anderer Meinung*: Laband, StR bes. 407 N 2; Preuß 344 f., bes. 479.

⁶⁰ Vgl. bes. Hans Müller, a. a. O. 6.

⁶¹ Die beiden Begriffe kreuzen sich. Es liegen ihnen eben ganz verschiedene Fragen zugrunde: der Begriff «Organ» im umschriebenen Sinne hängt mit der Frage nach der Zuständigkeit zur Ausübung der spezifisch staatlichen Funktionen zusammen; der Begriff «Beamter» aber mit der Frage nach den Rechtsbeziehungen des Staates zu den ihm Dienste leistenden Personen.

⁶² Vgl. Hans Müller 10.

⁶³ Vgl. z. B. ImHof 246a f.; Hans Müller 6; Fleiner, BStR 238; Fleiner/Giacometti 649 f.; Spielmann 5 und insbes. Preuß 346 ff., der dies nachdrücklich betont.

walt besitzt oder ob er ausschließlich technische, wirtschaftliche oder wissenschaftliche Dienste leistet, ob seine Tätigkeit nur mechanischer oder geistiger Art ist, spielt keine Rolle. Wohl müssen die obrigkeitlichen Funktionen stets amtliche sein; aber die amtlichen brauchen umgekehrt nicht unbedingt obrigkeitliche zu sein⁶⁴. Ja, die Amtsfunktionen nicht obrigkeitlichen Charakters sind sogar die weitaus häufigeren und selbst die niedrigsten Dienste können solche darstellen⁶⁵.

Dies sind die Gründe, weshalb die Beamten nur dann ohne Unterschied mit dem vieldeutigen Ausdruck «Organ» bezeichnet werden dürfen, wenn darunter ganz allgemein alle dem Staat Dienste leistenden Personen, seine «Willens- und Handlungswerkzeuge» verstanden werden⁶⁶.

2. Der öffentlich-rechtliche Anstellungsakt

Als Beamte im weitesten Sinne wurden alle Personen bezeichnet, welche staatliche Geschäfte verrichten. Allein, dies ist nicht der Beamtenbegriff, welcher der schweizerischen Beamtengesetzgebung zu Grunde liegt. Als weiteres Merkmal desselben erscheint neben dem Staatsdienst der öffentlich-rechtliche Anstellungsakt als besonderer Rechtstitel⁶⁷, auf dem die Dienstpflicht beruhen muß. Das bedeutet zweierlei:

a) Der Anstellungsakt als besonderer Rechtstitel

Die Dienstpflicht muß auf einem *besonderen Rechtstitel* beruhen. Keine Beamten sind demnach die Stimmberechtigten, denn sie werden nicht durch einen besonderen Anstellungsakt — durch Wahl oder Ernennung — zu den staatlichen Funktionen berufen, die sie auszuüben haben, sondern unmittelbar durch die Verfassung selbst⁶⁸. Ebenso wenig fallen die Personen, die kraft allgemeiner gesetzlicher Dienstpflicht dem Staate Dienste zu leisten haben — wie z. B. die Angehörigen der Armee, der Feuer- und Wasserwehren —, unter den Begriff der Beamten⁶⁹. Ihre Dienstpflicht ist zwar ebenso wie diejenige der Beamten eine Erscheinungsform der öffentlich-rechtlichen

⁶⁴ Vgl. Preuß 347 f.

⁶⁵ Hans Müller 6; Preuß 348.

⁶⁶ Vgl. G. Jellinek, System 37.

⁶⁷ Vgl. Fleiner/Giacometti 648 f.

⁶⁸ Man nennt sie deshalb unmittelbare Staatsorgane, vgl. Giacometti, StR d. Kte. 208, 272; Urs Affolter 25 f.; Preuß 68 f.; Fleiner/Giacometti 648.

⁶⁹ Fleiner/Giacometti 648; Hans Müller 5.

Dienstpflcht⁷⁰, aber sie beruht nicht wie im Falle dieser letzteren auf einem besonderen Anstellungsakt, sondern sie besteht von Rechts wegen, sobald die gesetzlich umschriebenen Voraussetzungen zutreffen.

b) Die öffentlich-rechtliche Natur des Anstellungsaktes

Die Dienstpflcht muß auf einem *öffentlich-rechtlichen Anstellungsakt* beruhen. Der Staat kann die zur Besorgung seiner Aufgaben erforderlichen Arbeitskräfte auf zwei verschiedene Arten beschaffen: er kann sie, wie ein Privatmann, durch den Abschluß privatrechtlicher Dienstverträge oder aber durch die Begründung einer öffentlich-rechtlichen Dienstpflcht gewinnen⁷¹. Die in der erstgenannten Weise in Dienst genommenen Personen sind ebenfalls keine Beamten⁷². Sie sind zwar, wie diese, kraft eines besonderen Rechtstitels verpflichtet, dem Staat Dienste zu leisten, aber dieser Rechtstitel ist kein öffentlich-rechtlicher Anstellungsakt, sondern ein privatrechtlicher Vertrag.

Durch den öffentlich-rechtlichen Anstellungsakt kommt zwischen dem Dienstpflichtigen und dem Staat ein *öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis* zustande. Dieses ist ein *wesentliches* Merkmal des Beamtenbegriffes⁷³. Seine allseitig öffentlich-rechtliche Natur ist heute sowohl in der Theorie als auch in der Praxis allgemein anerkannt⁷⁴.

Damit ist freilich über seinen Inhalt und seine Besonderheiten noch nichts gesagt. Hierüber gehen erst die einschlägigen Erlasse selbst Auskunft.

Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis wird zum Zwecke der Ämterbesetzung durch die Anstellung für ein bestimmtes Amt begründet. Mit dessen Übertragung entsteht für den, der es bekleidet, die Pflcht, die in den entsprechenden Aufgabenkreis fallenden Geschäfte zu besorgen. Dienstpflcht bedeutet stets Amtspflcht, d. h.

⁷⁰ So Fleiner, BStR 239 N 13; Fleiner/Giacometti 650 N 18.

⁷¹ Vgl. statt vieler Fleiner, BStR 238 f.; Fleiner/Giacometti 650. Über die rechtspolitische Frage, wann die eine und wann die andere Form zu wählen sei, vgl. Hans Nef, Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Anstellung 23 ff. sowie die regierungsrätliche Botschaft vom 20. November 1946 zum luzernischen Beamtengesetz S. 7 ff.

⁷² Vgl. insbes. § 2 I BtG Luzern.

⁷³ Vgl. Fleiner, BStR 240; Fleiner/Giacometti 651; Laband, StR 438; Ruck, StR 105; Hugo Spielmann 4; Hans Escher 15; ImHof 235a ff.; Viktor Schaller 20; Bernhard R. Garbade 16.

⁷⁴ Vgl. Fleiner, BStR 239 insbes. N 14; Fleiner/Giacometti 650 insbes. N 19; BGE 9 S. 212, 46 I 143 ff.

sie beginnt mit der Übertragung des Amtes und endigt mit dem Austritt aus demselben, für das sie ja geschaffen worden ist ⁷⁵. Die *Anstellung*, mit der das Beamtenverhältnis begründet wird, erfolgt regelmäßig durch *Wahl oder Ernennung* ⁷⁶ und stellt eine *einseitige Verfügung des Staates* dar ⁷⁷. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Betroffene seine Zustimmung gibt oder nicht. Die kantonalen Vorschriften, welche für bestimmte Ämter die Zwangsdienstpflicht, den sog. Amtszwang, eingeführt haben, zeigen, daß es jedenfalls für den Beamtenbegriff unerheblich ist, ob das Amt freiwillig ⁷⁸ oder gezwungenermaßen übernommen wird ⁷⁹. In der Regel ist die Anstellungsverfügung allerdings an die Einwilligung des Betroffenen gebunden. Der Amtszwang besteht nämlich im allgemeinen nur für Ämter, mit denen eine Berufsausübung vereinbar ist, und zudem nur für eine beschränkte Zeit, gewöhnlich für 1—2 Amtsperioden. Er hat deshalb praktisch keine große Bedeutung ⁸⁰.

Der *Anstellungsakt* ist somit normalerweise eine *bedingt einseitige Verfügung* ⁸¹. Die Zustimmung des Anzustellenden erscheint dabei als unerläßliche Bedingung für deren Gültigkeit. Sie ist eine materiell-rechtliche Voraussetzung, eine *condicio iuris* ⁸². Ihr Fehlen hat Nichtigkeit der Verfügung zur Folge ⁸³. Das schließt die Einseitigkeit

⁷⁵ Vgl. Fleiner, BStR 239; Fleiner/Giacometti 650 f.

⁷⁶ Wahl und Ernennung sind innerlich wesensgleiche Erscheinungsformen mittelbarer Organbestellung. Vgl. Preuß 380.

⁷⁷ Vgl. Fleiner, Inst. 192; BStR 250; Preuß 77—113 bes. 110, 379; Fleiner/Giacometti 661 f.; ImHof 254a f.; Hugo Spielmann 40 spricht in Anlehnung an die Lehre von Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 2. A. I, II S. 265 f., von einem «einseitigen Verwaltungsakt auf Unterwerfung», eine Terminologie, welche heute als veraltet erscheint.

⁷⁸ Auf das Moment der *freiwilligen* Amtsübernahme legt Laband, StR 5. A. I 434 besonderes Gewicht; anders Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts S. 576 und bes. Preuß 94 ff.

⁷⁹ Vgl. Fleiner, BStR 241 bes. N 21 und 251 bes. N 5; Fleiner/Giacometti 652 bes. N 24 und 662 N 9. Über den Amtszwang vgl. die Arbeiten von Urs Flückiger und Werner Kuster.

⁸⁰ Soweit das Institut des Amtszwanges für die Untersuchungen über Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten von Bedeutung ist, wird an Ort und Stelle darauf eingetreten.

⁸¹ Vgl. z. B. Ruck, VerwR I S. 61; ähnlich die in N 85 hiernach zit. Autoren.

⁸² Vgl. Fleiner, BStR 251 N 7, Inst. 192, 194 und 204 insbes. N 72 daselbst; Werner Kuster 16 f. — Anderer Ansicht: ImHof 258a, 262a, 522a, der die Zustimmung des Betroffenen als eine verfahrensrechtliche, eine formell-rechtliche Voraussetzung auffaßt.

⁸³ Vgl. Fleiner, Inst. 204 N 72, BStR 250 f.; anderer Ansicht: z. B. Giacometti (Fleiner/Giacometti 662 und N 11 daselbst, wo ungenau auf Fleiner, Inst. 206 statt 204 N 72 verwiesen wird).

des Anstellungsaktes und damit seinen Verfügungscharakter keineswegs aus⁸⁴. Insbesondere ist in der Zustimmung des Betroffenen nicht etwa ein vertragliches Element zu erblicken und demgemäß das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Beamten als auf Vertrag beruhend anzusehen. Trotz der Notwendigkeit einer Mitwirkung des Anzustellenden liegt kein Vertrag — auch kein solcher öffentlich-rechtlicher Natur — vor⁸⁵, sondern eine einseitige, allerdings zustimmungsbedürftige Verfügung. Diese Auffassung ist heute allgemein, wenn auch nicht unbestritten⁸⁶, anerkannt und scheint die endgültige Lösung des Problems darzustellen⁸⁷. Ob die Einwilligung vorgängig der Anstellung als Antrag oder nachträglich als Bereitschafts-erklärung erfolgt, ist unerheblich⁸⁸.

3. Die Befehls- und Disziplinargewalt des Staates

Nicht jeder, der dem Staat auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsaktes Dienste leistet, ist Beamter im Sinne der schweizerischen Gesetzgebung. Wäre dies der Fall, so erschienen alle Personen, denen in öffentlich-rechtlicher Form ein Amt übertragen worden ist — so z. B. auch die Mitglieder der parlamentarischen Körperschaften (National- und Ständerat, kantonale große Räte) sowie die Mitglieder der verschiedenen Verwaltungskommissionen —, als Beamte. Denn mit jedem Amt ist die Pflicht verbunden, die in seinen Geschäftskreis fallenden Aufgaben zu besorgen⁸⁹. Ein Amt ohne solche Amtspflicht gibt es nicht⁹⁰.

⁸⁴ Vgl. Fleiner, Inst. 192 ff., bes. 193, BStR 250; Fleiner/Giacometti 661 f.; Preuß 82 f., 97 ff., 379; Werner Kuster 17. — Anderer Ansicht: z. B. G. Jellinek, System 209 ff.

⁸⁵ Für die herrschende Ansicht, welche die Vertragstheorie ablehnt, vgl.: Fleiner, BStR 250 f., Inst. 192 ff.; Fleiner/Giacometti 661 f.; Giacometti, Grenzziehung 17; ImHof 254a; Hans Müller 11 f.; Ruck, VerwR I 84; StR 105 f.; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II 262 f.; Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts 573; Preuß 77—113 bes. 109 ff., 379, 390; BGE 60 II 116; 66 I 313.

⁸⁶ Eine Zusammenstellung der verschiedenen Theorien findet sich bei Secrétan 493a ff.; eine solche der verschiedenen Autoren bei Giacometti, Grenzziehung 16 N 3 und bei Meyer-Anschütz a. a. O. 576 N 14.

⁸⁷ Vgl. Giacometti, Grenzziehung 12.

⁸⁸ Vgl. ImHof 256a; Fleiner, BStR 251 N 6; Fleiner/Giacometti 662 N 10; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. A. II 265 f.

⁸⁹ Vgl. Fleiner, BStR 240 bes. N 18; Fleiner/Giacometti 651 bes. N 21; Preuß 339 f.; Viktor Schaller 21.

⁹⁰ Vgl. Fleiner, BStR 240; Fleiner/Giacometti 651 f., wo auch auf die interessante Ausnahme des Basler Notariates hingewiesen wird, das ein Amt ohne Amtspflicht darstellt. Vgl. dazu auch ImHof 248a N 19; Werner Kuster 12.

Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis ist also zwar wesentliches, aber nicht einziges Merkmal des Beamtenbegriffes. Dieser bedarf noch näherer Charakterisierung.

Das entscheidende Moment steckt aber nicht etwa in der Art, wie die Dienstpflicht begründet wird, wie vor allem Laband behauptete⁹¹. Ob dies nur mit oder auch ohne Zustimmung des Betroffenen geschehen kann, ist unerheblich. Entscheidend ist vielmehr die Art, wie die einmal begründete Dienstpflicht durchgesetzt wird. Das *charakteristische Merkmal* liegt dabei in der Tatsache, daß der Amtsträger einer dienstlichen *Befehls- und Disziplinalgewalt*⁹² untersteht⁹³. Beamter ist somit nur derjenige, dem der Staat unter Androhung von Disziplinarstrafen befehlen, den er zwangsweise dazu anhalten kann⁹⁴, seine Amtspflichten zu erfüllen⁹⁵. Der Befehlsgewalt des Staates entspricht dabei die Gehorsamspflicht des Beamten.

Dieses in der staatlichen Befehls- und Disziplinalgewalt einerseits und der Gehorsamspflicht des Beamten andererseits liegenden Merkmals wegen wird das Beamtenverhältnis gesamthaft am treffendsten als «ein *besonderes, durch Disziplinarmittel verstärktes Gewaltverhältnis*» bezeichnet⁹⁶; als ein *besonderes Gewaltverhältnis* deshalb, weil es nicht schon in der allgemeinen Bürgerpflicht enthalten ist, sondern neben dieser eine besondere, engere Beziehung zwischen

⁹¹ Vgl. Laband, ReichsStR 101 f.; StR I 434; ebenso Hans Escher 17.

⁹² Über die Disziplinalgewalt vgl. Reinhold Letsch, Disziplinalgewalt über Bundesbeamte und Rechtsschutz in Disziplinarsachen, Diss. Zürich 1933.

⁹³ Vgl. § 2 II BtG Luzern. Siehe auch Fleiner, BStR 241 f. und bes. die dort N 22 erwähnten hist. interessanten Entscheide; ferner Fleiner/Giacometti 653; ImHof 248a und BGE 12 S. 709. Entgegen der Auffassung von André Grisel 15 ist die staatliche Befehls- und Disziplinalgewalt im Verein mit den andern ein entscheidendes Merkmal des Beamtenbegriffes.

⁹⁴ Entscheidend ist ausschließlich diese spezifische Befehlsgewalt, nicht das Bestehen einer Dienstgewalt im allgemeinen, wie ImHof 248a N 19 am Beispiel der Basler Notare nachdrücklich erörtert. Diese stehen zwar bei Ausübung ihrer amtlichen Funktionen unter der staatlichen Befehlsgewalt, aber die Ausübung ihres Berufes kann ihnen nicht anbefohlen werden. Deshalb sind sie keine Beamte. Vgl. auch Fleiner, BStR 241 N 19.

⁹⁵ Die Mitglieder parlamentarischer Körperschaften sowie die Mitglieder von Verwaltungskommissionen sind deshalb keine Beamten. Gleicher Ansicht, aber mit anderer Begründung G. Jellinek, System 173.

⁹⁶ Vgl. Fleiner, Inst. 165 ff.; BStR 242; Fleiner/Giacometti 381; vor allem aber Paul Kahn, Das bes. Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, Diss. Heidelberg 1912, bes. 12; sowie BGE 12 S. 709; 47 II 45, wo von einem «rapport particulier de subordination» die Rede ist; 48 I 241. — Neben dem Beamtenverhältnis gibt es zahlreiche andere besondere Gewaltverhältnisse, vgl. Paul Kahn a. a. O. 14 ff.; Walter Fischler 9 ff.

Staat und Bürger schafft, diesem letzteren Sonderpflichten über die allgemeinen Bürgerpflichten hinaus auferlegt ⁹⁷.

Mit diesem letzten Merkmal ist der der schweizerischen Gesetzgebung zu Grunde liegende Beamtenbegriff, wie er von Theorie und Praxis herausgebildet wurde, charakterisiert.

4. Sekundäre Merkmale

Neben den dargestellten wesentlichen Merkmalen des Beamtenbegriffes gibt es eine ganze Reihe solcher von nur sekundärer Bedeutung. Sie machen zwar jenen Begriff nicht aus, sind aber immerhin wenigstens für den Normaltypus des Beamten charakteristisch ⁹⁸.

Das liberal-demokratische Staatswesen stützt sich auf die *freiwillige* Mitarbeit seiner Angehörigen. Demgemäß bedarf die Anstellungsverfügung zu ihrer Gültigkeit regelmäßig der *Zustimmung* des Betroffenen. Der Amtszwang ist die seltene Ausnahme, die nur dort anzutreffen ist, wo man ohne sie nicht durchkommt.

Wenn es auch Beamte gibt, die ihre Zeit nur teilweise den ihnen übertragenen Verpflichtungen zu widmen haben, so macht doch heutzutage im Normalfall die Bekleidung des Amtes den *Lebensberuf* seines Inhabers aus ⁹⁹.

Meist handelt es sich auch um *ständige*, nicht nur für vorübergehende Zwecke errichtete Ämter; diese letzteren erscheinen ebenfalls als Ausnahme ¹⁰⁰.

Die Übertragung eines Amtes ist fast durchwegs eine *dauernde*, und zwar werden die Beamten im allgemeinen auf eine *feste Amtsdauer* ernannt und nach deren Ablauf jeweils regelmäßig *wiedergewählt*; Nichtwiederwahlen sind große Seltenheiten ¹⁰¹. Neben der Anstellung für eine feste Amtsdauer findet sich gelegentlich die Anstellung auf unbestimmte Zeit ¹⁰². Provisorische Anstellungen und solche zur Aushilfe sind nur in besonderen Fällen anzutreffen ¹⁰³.

⁹⁷ Vgl. bes. Fleiner, Inst. 165 ff.; BStR 242 bes. N 23; Paul Kahn bes. 12.

⁹⁸ Vgl. dazu Fleiner, BStR 249.

⁹⁹ Hermann Fisch, Das Beamtenverhältnis 54.

¹⁰⁰ Es ist etwa an die Kriegswirtschafts- und die Rationierungsämter zu denken, deren Funktionäre in Anbetracht des vorübergehenden Charakters dieser Ämter durch privatrechtlichen Dienstvertrag eingestellt wurden (vgl. die berechtigte Kritik dieser Anstellungsart bei Hans Nef, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Anstellung 33 f.).

¹⁰¹ Vgl. Hermann Fisch, Das Beamtenverhältnis 54; ImHof 275a.

¹⁰² So insbes. im Falle der Bundesangestellten, vgl. Art. 7 Abs. 1 BAO.

¹⁰³ Vgl. z. B. Art. 3 Abs. 4 BAO.

Schließlich wird auch die *feste Besoldung* mehr und mehr zum Charakteristikum jedes Beamtenverhältnisses. Unbezahlte, sog. Ehrenämter werden immer seltener.

An dem hier charakterisierten Normaltypus des Beamten hat sich der Beamtenbegriff entwickelt; von ihm ist deshalb stets auszugehen, an ihn zunächst zu denken, wenn von Beamten schlechthin die Rede ist. Alle andern Formen der öffentlich-rechtlichen Dienstpflicht stellen die auf die konkreten Verhältnisse, vorab auf die Bedürfnisse der Verwaltung oder einzelner ihrer Zweige und Dienstabteilungen, zugeschnittenen Abweichungen von diesem reinen Beamtenverhältnis, Umgestaltungen desselben dar.

IV. Kategorien und Arten von Beamten

1. Kategorien

Die schweizerische Gesetzgebung und die Praxis kennen drei Kategorien eigentlicher Staatsdiener: *Beamte, Angestellte und Arbeiter*. Die «Unklarheit und Zuchtlosigkeit in der Terminologie» der einschlägigen Erlasse — auf die schon wiederholt hingewiesen wurde — macht es vollständig unmöglich, auf wissenschaftlichem Wege allgemeingültige Unterscheidungsmerkmale für die genannten Kategorien zu finden. Insbesondere lassen sich bei gesamtschweizerischer Betrachtung nicht etwa die Arbeiter als die Staatsdiener, deren Dienstpflicht auf privatrechtlichem Vertrag beruht, ausscheiden, wie dies für das Bundesrecht möglich ist ¹⁰⁴, denn in den Kantonen werden zum Teil auch die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehenden und der Befehls- und Disziplinargewalt des Staates unterworfenen Personen als Arbeiter bezeichnet ¹⁰⁵.

Besondere Schwierigkeiten verursachte von jeher die Unterscheidung zwischen Beamten und Angestellten. Zwischen diesen beiden Klassen besteht jedoch überhaupt kein begrifflicher Unterschied. Der Angestellte ist im Rechtssinne Beamter ¹⁰⁶; ebenso auch der Arbeiter, der auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsaktes

¹⁰⁴ Vgl. Fleiner, BStR 243; ebenso Hugo Spielmann 8.

¹⁰⁵ Dies geht z. B. aus § 3 Abs. 2 BtG Luzern hervor. Vgl. auch ImHof 253a; Hans Müller 9 f.

¹⁰⁶ Vgl. Fleiner, BStR 243 f.; *anderer Ansicht*: Hans Müller 9 f., der glaubt, zwischen Beamten und Angestellten unterscheiden zu müssen. Für die Angestellten des Bundes gilt heute die Angestelltenordnung vom 26. Sept. 1952 (siehe die Legaldefinition des Bundesangestellten in Art. 2 Abs. 1 derselben).

Dienste leistet und dabei der Befehls- und Disziplinargewalt des Staates untersteht. Die Spaltung der Beamtenklasse in verschiedene Kategorien beruht auf äußerlichen Verschiedenheiten, die das Wesen des Beamtenbegriffes unberührt lassen ¹⁰⁷. Diese äußerlichen Unterscheidungsmerkmale ¹⁰⁸ deuten auf eine hierarchische Gliederung, eine Rangordnung der Staatsdiener hin, innerhalb welcher die Beamten die höchste, die Angestellten eine mittlere und die Arbeiter die niedrigste Stellung einnehmen ¹⁰⁹. Das ändert indessen an der innerlichen Wesensgleichheit der verschiedenen Kategorien nichts. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingetreten werden ¹¹⁰. Als wesentlich ist jedoch festzuhalten, daß es nicht auf die Bezeichnung der Staatsdiener, sondern nur darauf ankommt, ob sie im Sinne der dieser Arbeit zu Grunde gelegten Definition Beamte sind. Ob dies zutrifft, ist im konkreten Fall zu untersuchen.

2. Arten

Je nach dem anstellenden Gemeinwesen unterscheidet man Bundes-, Kantons- und Gemeindebeamte. Dazu kommen noch die Beamten der besonderen öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörper wie z. B. der schweizerischen Unfallversicherungsanstalt, der Nationalbank usw. ¹¹¹. In der vorliegenden Arbeit bleibt die Betrachtung auf die Beamten des Bundes und der Kantone, d. h. die eigentlichen *Staatsbeamten*, beschränkt. Da jedoch das Dienstverhältnis der Gemeindebeamten demjenigen der Staatsbeamten durchaus gleicht ¹¹², gelten die Feststellungen über Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der letzteren auch für die ersteren.

¹⁰⁷ Vgl. Fleiner, BStR 244.

¹⁰⁸ So z. B. die Zugehörigkeit der Beamten zu den höheren, die der Angestellten bzw. Arbeiter zu den niedrigeren Besoldungsklassen, wie es die Bestimmungen §§ 2 und 5 BtG Basel-Stadt und Art. 2 BtG St. Gallen vorsehen.

¹⁰⁹ Für die Klasseneinteilung der Ämter und ihrer Inhaber nach deutschem Recht vgl. Preuß 362 ff.; ferner Laband, StR 408 N 2: «Dem bürokratischen Dünkel mochte es nicht behagen, daß der Herr Rat und der Bote unter dieselbe juristische Begriffskategorie gehören sollten.»

¹¹⁰ Über die Ordnung der Dienstverhältnisse besonderer Personenkategorien vgl. für das Bundesrecht Fleiner/Giacometti 655 ff.; Th. Kern, Das Dienstrecht des Bundespersonals, Diss. Bern 1934; P. Huber, Das Dienstverhältnis des Bundesarbeiters, Diss. Zürich 1928.

¹¹¹ Vgl. hiezu bes. Fleiner/Giacometti 654 und N 34 daselbst.

¹¹² Vgl. Hans Müller 5; Hugo Spielmann 5 f.; Ernst Blumenstein, Zur Rechtsstellung der Gemeindefunktionäre in Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen Bd. 44 S. 113.

Was die Rechtsstellung der Beamten der besonderen öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörper betrifft, sei auf die in diesen Fällen maßgebenden Satzungen derselben verwiesen.

Verrichten die Beamten ihre Aufgaben, ohne dafür eine Besoldung zu erhalten, so spricht man von Ehrenbeamten; dieselben haben nur einen Teil ihrer Zeit den ihnen übertragenen Verpflichtungen zu widmen und werden unter diesem Gesichtspunkt auch als Nebenbeamte bezeichnet. Für diese Ehren- und Nebenämter gilt in den Kantonen, besonders in der Innerschweiz, nicht selten Amtszwang.

Der Normaltypus des Beamten ist besoldet und hat seine ganze Arbeitskraft den amtlichen Obliegenheiten zu widmen. Man nennt ihn deshalb Berufsbeamten.

Nach den rechtlichen Funktionen, welche sie ausüben, unterscheidet man Verwaltungs- und Gerichtsbeamte, je nach der Tätigkeit, die sie verrichten, spricht man von Eisenbahn-, Post-, Telephon-, Telegraphen-, Kanzleibeamten, Lehrern usw.

§ 3. Der Begriff der Freiheitsrechte nach schweizerischem Recht

I. Definition

Die Freiheitsrechte lassen sich kurz als diejenigen verfassungsmäßigen Rechte umschreiben, welche dem Einzelnen die Möglichkeit gewährleisten, sich innerhalb der Schranken der öffentlichen Ordnung, Ruhe, Sicherheit und Sittlichkeit unbehelligt durch staatlichen Zwang dem eigenen Willen gemäß zu verhalten, und die zugleich eine positiv-rechtliche Garantie des liberal-demokratischen Rechtsstaates bilden ¹.

Diese Umschreibung ist im folgenden näher zu erörtern.

¹ Hinsichtlich der individualrechtlichen Seite der Freiheitsrechte lehnt sich diese Definition an diejenige Fleiners, BSr 318, an; vgl. auch derselbe, Inst. 389 sowie J. C. Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 6. A., Stuttgart 1885 und die dort (S. 618 f.) gegebene Definition der «Freiheit als Rechtsbegriff».

II. Die Freiheitsrechte als verfassungsmäßige Rechte²

1. Formelle Charakterisierung³

Verfassungsmäßige Rechte sind Rechte, die dem Einzelnen in einer Verfassungsurkunde (Bundes- oder Kantonsverfassung) und nicht bloß in einem einfachen Gesetz gewährleistet sind.

Diese Umschreibung trifft aber nicht das Wesentliche. Das formelle Hauptmerkmal der Verfassung liegt nämlich nicht in ihrer schriftlichen Fixierung in einer besonderen Urkunde⁴, sondern in ihrer erhöhten formellen Gesetzeskraft⁵. Diese besteht darin, daß die Verfassungsnormen — mithin auch die verfassungsmäßigen Rechte — entweder überhaupt nicht revidierbar sind, oder nur erschwert, d. h. ausschließlich auf dem Wege der Verfassungsrevision, abgeändert werden können⁶. Die verfassungsmäßigen Rechte sind somit Rechte, die *gesteigerte formelle Gesetzeskraft* genießen.

2. Materielle Charakterisierung

Verfassungsmäßig gewährleistete Rechte sind neben den individuellen Freiheitsrechten auch die politischen Rechte der Bürger und die Ansprüche der Einzelnen auf bestimmte staatliche Leistungen⁷. Diese Rechte fixieren zusammen die Rechtsstellung des Individuums gegenüber dem Staat⁸. Ihre Bedeutung liegt darin, daß sie den nega-

² Vgl. dazu Fleiner, BStR 274 ff., 441 ff.; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 46 ff.; Fleiner/Giacometti 883 ff.; Ruth Bernheimer, Der Begriff und die Subjekte der verfassungsmäßigen Rechte nach der Praxis des Bundesgerichtes, Diss. Zürich 1930; Hans Huber, Verfassungsrechte 74a ff. und 115a ff.

³ Vgl. insbes. Fleiner, BStR 274, 278; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 46 ff. und Staatsrecht der Kantone 31 ff.; Ruth Bernheimer 62 ff., bes. 86 und 126.

⁴ Diese ist nur ein Accidentale der Verfassungsform und damit der Verfassung im formellen Sinne; vgl. Giacometti, StR d. Kte. 31.

⁵ Sie ist das Essentiale der Verfassungsform und damit der Verfassung im formellen Sinne; mit Bezug auf die Verfassung im absolut materiellen Sinne ist sie eine logische Notwendigkeit, denn diese Normen müssen in eine für den Gesetzgeber unabänderliche Form gekleidet sein. Vgl. hiezu insbes. G. Jellinek, Allg. Staatslehre 534; Carl Schmitt, Verfassungslehre 11 ff., bes. 16; Giacometti, StR d. Kte. 31 ff., 59, 444 f.; Fleiner/Giacometti 22 f. — Zur Gesetzeskraft der Freiheitsrechte im besonderen vgl. Hans Huber, Verfassungsrechte 91a ff.

⁶ Soweit das erste der Fall ist, spricht man von einer absolut starren, soweit das zweite zutrifft, von einer relativ starren Verfassung. Vgl. dazu Giacometti, StR d. Kte. 32.

⁷ Vgl. z. B. Fleiner, BStR 275, 277, Inst. 176 ff.; Ruth Bernheimer 88, 91, 126 f. — Andere Einteilungen der verfassungsmäßigen Rechte bei Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 49 ff.; Fleiner/Giacometti 883 ff. und Hans Huber, Verfassungsrechte 115a ff.

⁸ Vgl. G. Jellinek, System 86 f., Allg. Staatslehre 418 ff.; Giacometti, Auslegung der BV 20.

tiven, den aktiven und den positiven Status festlegen und damit gerade die für den Einzelnen *wertvollste* Seite seiner Rechtsstellung gegenüber dem Staat sichern, diejenige nämlich, innerhalb welcher er als *Berechtigter* und nicht bloß als Verpflichteter erscheint⁹.

Die verfassungsmäßigen Rechte dienen nun aber nicht nur dem Schutze von Individualinteressen. Sie verkörpern daneben auch ein *immenses öffentliches Interesse*. Sie bilden wichtigste Bestandteile der staatlichen Grundordnung¹⁰.

Die *Freiheitsrechte* bedeuten, historisch soziologisch gesehen, eine «klare Gesamtentscheidung zugunsten des *liberalen* Staates», eine «*sachliche Legitimierung* der schweizerischen Rechtsordnung im liberalen Sinne»¹¹ und sind zugleich die «ideelle und funktionelle *Grundlage der Demokratie*»¹². Zusammen mit dem Prinzip der Rechtsgleichheit «im Sinne eines Verbotes von Willkürakten» stellen sie überdies gleichsam die Grundlegung des *Rechtsstaates* dar¹³. Der Normenkomplex der *politischen Rechte* aber bedeutet nichts weniger als die Grundlegung der *demokratischen Staatsform*¹⁴. In der Anerkennung von Ansprüchen des Einzelnen auf positive Leistungen des Staates¹⁵ zeichnet sich eine stetige Entwicklung zum «*sozialen Rechtsstaat*» hin ab¹⁶.

Dies ist der Zusammenhang, der bei der Betrachtung der Freiheitsrechte im folgenden stets vor Augen gehalten werden muß.

⁹ Denn im vierten, dem sog. passiven Status ist der Einzelne lediglich Träger von Pflichten. Vgl. G. Jellinek, System 86.

¹⁰ Vgl. z. B. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 61; Fleiner, BStR 280.

¹¹ Solcher Legitimierung bedarf jeder Staat, solange er nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck ist. Vgl. dazu Fleiner/Giacometti 244; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 52, 61; StR d. Kte. 163.

¹² Siehe hinten § 3, IV, 1, b.

¹³ Vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 54 und 61; StR d. Kte. 164 f.; Fleiner/Giacometti 31, 33; Ruck, Freiheit und Rechtsstaat 78.

¹⁴ Vgl. z. B. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 53 und 61; Fleiner, BStR 275; zum Begriff der politischen Rechte vgl. Urs Affolter, insbes. 76 ff.

¹⁵ Man denke etwa an das Recht auf Fürsorge und Unterstützung, auf Erziehung, Ausbildung und Unterricht, auf Krankengelder, Alters- und Hinterlassenenversicherungsrenten, Pensionen, Lohnausfallentschädigungen bei obligatorischem Militärdienst etc.; vgl. auch Fleiner, Inst. 177 und bes. Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 170.

¹⁶ Vgl. Werner Kägi, Rechtsstaat-Sozialstaat-sozialer Rechtsstaat 129 ff., bes. 142 ff., Demokratie zwischen Individualismus und Kollektivismus bes. S. 70 f., Zur Lage der Schweiz im bedrohten Europa bes. S. 8; ferner Favre, Evolution des droits individuels § 9, Les droits sociaux, S. 308a ff.; Max Huber, Die BV von 1848 als Ausdruck schweiz. Freiheitswillens S. 27; zur Sozialgesetzgebung vgl. auch Fleiner/Giacometti 277 ff.; Hans Huber, Soziale Verfassungsrechte? S. 149 ff.

III. Der Umfang der Freiheitsrechte

1. Ausdrückliche Verfassungsgarantien

Die *Bundesverfassung* gewährleistet folgende sachlich bestimmte Freiheitsrechte¹⁷: die Rechtsgleichheit (Art. 4 BV) als «das allgemeine formale Recht auf gleiche Freiheit»¹⁸, die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 Abs. 1 BV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 45 BV), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 49 BV), die Kulturfreiheit (Art. 50 BV), die Preßfreiheit (Art. 55 BV), die Vereinsfreiheit (Art. 56 BV), die Petitionsfreiheit (Art. 57 BV), die Abzugsfreiheit (Art. 62 BV)¹⁹, die Unverletzlichkeit des Post- und Telegraphengeheimnisses (Art. 36 Abs. 4 BV)²⁰ und die Sprachenfreiheit (Art. 116 BV)^{21 22}.

Die meisten dieser Freiheitsrechte werden auch von der Mehrzahl der *Kantonsverfassungen* garantiert. Viele derselben anerkennen darüber hinaus Freiheitsrechte, die in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich enthalten sind, so die persönliche Freiheit, das Hausrecht als Gewährleistung der Unverletzlichkeit der Wohnung, das allgemeine Recht auf freie Meinungsäußerung, die Versammlungs- und

¹⁷ Es werden z. T. verschiedene Freiheitsrechte aufgezählt. Vgl. die Aufzählungen bei Fleiner/Giacometti 240 f.; Fleiner, BStR 321; Giacometti, StR d. Kte. 51 f. und 156 f., Verfassungsgerichtsbarkeit 49 f.; Hans Huber, Verfassungsrechte 117a; A. Favre, *Droits individuels*, 322a f.

¹⁸ Vgl. dazu Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 49; StR d. Kte. 51, 157; Fleiner/Giacometti 401 ff. bes. 404 f.

¹⁹ Zur Abzugsfreiheit vgl. Fleiner/Giacometti 268 sowie Burckhardt, Komm. 580 f. Die Abzugsfreiheit ist für die folgenden Betrachtungen nicht von Bedeutung. Es wird deshalb nicht weiter darauf eingetreten.

²⁰ Vgl. dazu Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 49; Hans Huber, Verfassungsrechte 117a. — Die Unverletzlichkeit des Post- und Telegraphengeheimnisses gilt nicht als eigentliches Freiheitsrecht (vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 49 N 31 und Fleiner/Giacometti 398 bes. N 37); sie wird deshalb von der weiteren Erörterung ebenfalls ausgeschlossen.

²¹ Vgl. dazu Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 49 f.; Fleiner, BStR 34; Hans Huber, Verfassungsrechte 117a sowie insbes. Fleiner/Giacometti § 40 S. 390 ff. und die dort zit. Lit., vorab C. Hegnauer, *Das Sprachenrecht der Schweiz*, Diss. Zürich 1945. Auch die Sprachenfreiheit ist kein eigentliches Freiheitsrecht (vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 50 N 31a und Fleiner/Giacometti 398 N 37); sie wird daher im folgenden ebenfalls *nicht* erörtert.

²² Ebenfalls *keine* echten Freiheitsrechte sind die *Ehesfreiheit*, Art. 54 BV (vgl. Fleiner/Giacometti 241 N 11) und die *Eigentumsgarantien* der kantonalen Verfassungen (vgl. Hans Huber, Verfassungsrechte 117a sowie Giacometti, StR d. Kte. 161/162 und die dort zit. Lit.). Sie werden deshalb von der weiteren Betrachtung ebenfalls grundsätzlich ausgeschlossen.

die Unterrichtsfreiheit²³. Diese kantonalen Freiheitsverbürgungen besitzen allerdings zufolge des Vorranges des eidgenössischen gegenüber dem kantonalen Recht nur dann einen eigenen Wert, wenn sie einzelne Freiheitsrechte in weiterem Rahmen gewährleisten, als es die Bundesverfassung ihrerseits tut, oder Rechte garantieren, welche diese überhaupt nicht enthält, wie die vorhin aufgezählten²⁴. Das gilt indessen nur vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus. Nach der im folgenden vertretenen Auffassung kommt den kantonalen Freiheitsverbürgungen überhaupt keine rechtliche Bedeutung zu.

2. Stillschweigende Verfassungsgarantien

Die Verfassungen zählen die Freiheitsrechte, welche sie ausdrücklich garantieren, katalogartig auf. Diese Aufzählungen sind jedoch nur exemplifikatorischer Natur, d. h. sie sind nicht endgültig, nicht vollständig²⁵. Wie vor allem Giacometti überzeugend darlegt, haben die Verfassungen neben diesen ausdrücklichen auch noch stillschweigende Gewährleistungen zum Inhalt²⁶.

Die den Aufzählungen der einzelnen Freiheitsrechte zu Grunde liegende Idee ist die ihrem Ursprung nach naturrechtliche²⁷, heute aber — wenigstens teilweise — auch vom positiven Recht²⁸ und andeutungsweise auch von der bundesgerichtlichen Praxis²⁹ anerkannte

²³ Es wird darauf verzichtet, die betreffenden kantonalen Verfassungsbestimmungen zu zitieren. Es sei diesbezüglich auf Giacometti, StR d. Kte. 51 f. und 156 f. und die dortigen Anmerkungen verwiesen.

²⁴ Vgl. dazu H. Brühwiler, Die Freiheitsrechte der Kantonsverfassungen in ihrem Verhältnis zur Bundesverfassung, Diss. Bern 1948; Fleiner, BStR 274 f.; Ruth Bernheimer 55; Hans Huber, Verfassungsrechte 112a ff.; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 46 f.; StR d. Kte. 157 ff.; ferner BGE 5, 334; 7, 502; 11, 158; 12, 105; 15, 730.

²⁵ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 169; Hans Huber, Verfassungsrechte 105a, 114a und 122a. Anderer Ansicht: Fleiner, BStR 277.

²⁶ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 169 ff.; Fleiner/Giacometti 241 ff. Die von Giacometti gegebene Begründung der stillschweigenden Freiheitsverbürgungen wird im folgenden übernommen.

²⁷ Über die naturrechtliche Herkunft dieser Vorstellung vgl. Hans Huber, Verfassungsrechte 118a ff. bes. 119a.

²⁸ Das schönste Beispiel hierfür liefert die Verfassung des Kantons Appenzell I.-Rh. in Art. 2: «Durch die Verfassung ist *grundsätzlich volle Freiheit anerkannt*, und es sind folgende Rechte *von selbst* gewährleistet: ... (es folgt die Aufzählung) ...»

²⁹ Vgl. Hans Huber, Verfassungsrechte 122a. — Unter der Annahme eines allgemeinen Freiheitsrechtes anerkannte das Bundesgericht in BGE 45 I 132 ff. ein Freiheitsrecht, über das Schicksal des eigenen Körpers nach dem Tode zu verfügen. Dies geschah im Zusammenhang mit dem luzernischen Verbot der Feuerbestattung.

Vorstellung von der Freiheit als einer letztlich unteilbaren, umfassenden Ganzheit³⁰. Wenn diese allgemeine individuelle Freiheit in den Katalogen der Verfassungen in verschiedene, sachlich bestimmte Teilfreiheiten zerlegt worden ist, so geschah das deshalb, weil bei Erlaß der Verfassungen gerade die betreffenden Seiten der Freiheit aktuell waren, d. h. von der Staatsgewalt bedroht erschienen³¹. Ihre Garantie bedeutet die Negation früher in Kraft gewesener Freiheitsbeschränkungen³².

Die einzelnen ausdrücklich garantierten Freiheitsrechte dürfen nicht isoliert betrachtet werden³³. «Als Gewährleistung der Persönlichkeit des Einzelnen in der staatlichen Kollektivität» normieren sie in ihrer Gesamtheit «ein bestimmtes *liberales Wertsystem*»³⁴. Sie bedeuten eine Gesamtentscheidung zugunsten der «grundsätzlich vollen Freiheit» des Individuums gegenüber dem Staat. Überdies stellen sie die Voraussetzung für das Wirksamwerden der Demokratie dar³⁵. Wenn die Freiheitsrechtskataloge der Verfassungen aber der positiv-rechtliche Niederschlag eines bestimmten liberalen Wertsystems sind und überdies die ideelle und funktionelle Grundlage der Demokratie bilden, so erscheint es als undenkbar, daß sie nur die ausdrücklich erwähnten, sachlich bestimmten Freiheitsrechte garantieren. Aus ihrem Sinn ergibt sich vielmehr, daß sie eine *umfassende* und nicht nur eine teilweise *Verbürgung der Freiheit des Individuums vom Staat* sein wollen. Nur wenn die individuelle Freiheit umfassend garantiert ist, kann sich auch die Demokratie voll auswirken. Die Kataloge der Verfassungen sind deshalb als ein geschlossenes und lückenloses System von ausdrücklichen und stillschweigenden Gewährleistungen aufzufassen, welche die Freiheit nach jeder Seite schützen, von der ihr durch die Staatsgewalt Gefahr droht³⁶. *Die Verfassungen* garantieren somit nicht nur die ausdrücklich aufgezählten Freiheitsrechte, son-

³⁰ Vgl. Hans Huber, Verfassungsrechte 118a ff.; G. Jellinek, System 95 f. und 103 f. Gegen die Annahme eines allgemeinen Freiheitsrechtes: Hans Huber, Verfassungsrechte 118a ff.

³¹ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 169.

³² Vgl. G. Jellinek, System 95.

³³ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 170.

³⁴ Giacometti, StR d. Kte. 163 und 169; Fleiner/Giacometti 30 ff. und 241 f.

³⁵ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 165 ff.; Fleiner/Giacometti 31 und 245 f.

³⁶ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 169 f.; Fleiner/Giacometti 241 f. — Das gilt natürlich nur unter dem Vorbehalt einer ausdrücklichen gegenteiligen Bestimmung der Verfassung, wie dies z. B. hinsichtlich Art. 27 BV betr. *Unterrichtsfreiheit* zutrifft; vgl. Giacometti, StR d. Kte. 170 f.; Fleiner/Giacometti 241 N 12 b; Burckhardt, Komm. 200.

dern «jede individuelle Freiheit, die überhaupt einmal rechtlich relevant werden kann»³⁷.

Werden die Freiheitsrechtskataloge der schweizerischen Verfassungen nicht in diesem Sinne ausgelegt, so hat das zur Folge, daß einzelne Freiheitsrechte — so vorab die praktisch wichtigste Versammlungsfreiheit — nur in einigen Kantonen als gewährleistet erscheinen. Bund und Kantone sowie diese letzteren unter sich wären demnach je nach Umfang ihrer ausdrücklichen Freiheitsverbürgungen in mehr oder weniger, sicher aber nicht in gleich hohem Maße liberale Gemeinwesen und besäßen daher auch nicht im selben Umfang die für das Wirksamwerden der Demokratie notwendigen Mittel, wie sie die Freiheitsrechte — und unter ihnen nicht zuletzt die Versammlungsfreiheit — darstellen. Eine derartige Diskrepanz zwischen den einzelnen Verfassungen stünde aber im schroffsten Widerspruch zu den ihnen allen gemeinsamen, individualistischen Grundlagen und wäre niemals zu erklären³⁸. Gewährleistet nun aber die Bundesverfassung — wie an sich auch die Kantonsverfassungen — in umfassender Weise alle aktuellen und potentiellen individuellen Freiheiten, so fehlt den kantonalen Gewährleistungen in Anbetracht des Vorranges des Bundesrechts überhaupt jede rechtliche Bedeutung³⁹.

Bei dieser Betrachtungsweise erweist es sich auch als überflüssig, mit Hilfe gesuchter und stets unbefriedigender Konstruktionen einzelne Freiheitsrechte aus anderen, ausdrücklich gewährleisteten abzuleiten, wie etwa die in der Bundesverfassung nicht aufgezählte Versammlungsfreiheit aus der Vereinsfreiheit⁴⁰.

Im folgenden wird demnach jede Seite der menschlichen Freiheit, die überhaupt einmal rechtlich bedeutsam werden könnte, als durch die Bundesverfassung garantiert betrachtet.

³⁷ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 165 ff.; Fleiner/Giacometti 31 und 245 f. — Ähnlich, aber mit anderer Begründung Hans Huber, Verfassungsrechte 153a ff. *Anderer Ansicht*: H. Brühwiler, Die Freiheitsrechte der Kantonsverfassungen in ihrem Verhältnis zur Bundesverfassung, Diss. Bern 1948 S. 93 ff.

³⁸ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 171; Hans Huber, Verfassungsrechte 156a f.

³⁹ Denn die dem Wortlaut nach nur von den Kantonsverfassungen garantierten Freiheitsrechte sind ja — wie dargelegt — von der Bundesverfassung stillschweigend ebenfalls anerkannt. Vgl. dazu Giacometti, StR d. Kte. 172.

⁴⁰ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 159; Hans Huber, Verfassungsrechte 156a f. — Vgl. z. B. zum Versuch, die Versammlungsfreiheit aus der Vereinsfreiheit abzuleiten: Ernst Abderhalden 69 ff.; Serge Bonhôte 119 ff.; Ernst Ledermann 71 ff. und Konrad Hoerni 73 ff. sowie die von diesen Autoren zit. Lit.

IV. Inhalt und Rechtsnatur der Freiheitsrechte

1. Der Inhalt

a) Die Freiheitsrechte als Individualrechte ⁴¹

Die Freiheitsrechte gewährleisten dem Individuum eine staatsgewaltfreie Sphäre; sie sind «Rechte im negativen Sinne» ⁴². Ihr *Inhalt* geht in erster Linie auf ein *Unterlassen und Dulden seitens des Staates*, d. h. der Staat hat Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers zu unterlassen und, sofern dieser seine Freiheit durch Handlungen betätigt, dieselben zu dulden ⁴³. Dergestalt bilden die Freiheitsrechte eine Garantie von Würde und Freiheit des Einzelnen als eines vernunftbegabten Wesens, eine Sicherstellung seines individuellen Eigenwertes innerhalb der staatlichen Kollektivität im Sinne des großen und heute wieder neu erstarkten Gedankens, «daß der Mensch nicht im Bürger aufgeht, daß der Staatsverband nur einen Teil der Persönlichkeit absorbiert» ⁴⁴. Sie schützen die individuelle Freiheit, wie dargelegt, in umfassender Weise und gewährleisten damit dem Individuum die *Möglichkeit, sich unbehelligt durch staatlichen Zwang allseitig zu entfalten*, sei es in religiöser, geistig-kultureller, politischer oder wirtschaftlicher Beziehung. Der Einzelne soll als Angehöriger seiner Religion, als Künstler, als Diener der Wissenschaft, als Vertreter einer politischen Partei, als Unternehmer und Arbeiter in der staatlichen Gemeinschaft anerkannt sein. Denn ohne Anerkennung der schöpferischen menschlichen Persönlichkeit und der rechtlichen Möglichkeit ihrer allseitig freien Entfaltung hört jedes kulturelle, jedes geistige und jedes gesunde politische Leben im Staate auf, und es versiegt auch die Quelle des Wohlstandes ⁴⁵.

Die Freiheitsrechte dienen in erster Linie den Interessen des Einzelnen als solchem. Ihr *Träger* ist somit grundsätzlich das *Individuum*

⁴¹ Vgl. dazu Fleiner, BStR 275, 318; Hans Huber, Verfassungsrechte 2a, 102a, 116a; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 49, 51, StR d. Kte. 162 f.; Fleiner/Giacometti 31, 240, 243 f.

⁴² Vgl. Fleiner, BStR 277; Hans Huber, Verfassungsrechte 102a.

⁴³ So Ruth Bernheimer 92.

⁴⁴ Vgl. Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich, 7. Jg. (1883) S. 1133.

⁴⁵ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 162. — Diese Erkenntnis bringt der von der «Fédération américaine du travail» ausgearbeitete Entwurf einer «internationalen Menschenrechtserklärung» in Art. 2 mit bemerkenswerter Deutlichkeit zum Ausdruck: «La liberté d'expression et la liberté d'association sont essentielles au maintien des libertés fondamentales et à la poursuite du progrès matériel et spirituel de l'humanité» (vgl. BIT, Rapport VII 1947 S. 143).

schlechthin, ohne Rücksicht auf Rasse, Geschlecht, Nationalität, Beruf u. dgl. Ihre *Adressaten* sind *alle staatlichen Organe*, die des Bundes wie die der Kantone und Gemeinden, die der Justiz und Verwaltung wie die der Gesetzgebung⁴⁶. Dagegen bieten sie keinen Schutz gegenüber Beeinträchtigungen der Freiheitssphäre des Individuums von Seiten anderer Privater⁴⁷.

b) Die Freiheitsrechte als objektives Verfassungsrecht

Die Freiheitsrechte sind nicht nur Individualrechte. Ihr Inhalt bildet gleichzeitig einen der wichtigsten Bestandteile der öffentlichen Rechtsordnung, ein Kernstück der schweizerischen Staatsauffassung: er ist die Antwort auf die unausweichliche Frage nach dem Verhältnis von staatlicher Autorität und individueller Freiheit⁴⁸. Die schweizerische Staatsauffassung ist die Ausprägung einer politisch individualistischen Weltanschauung im Sinne der Anerkennung individueller und politischer Freiheit des Einzelnen. Ihre leitende Idee ist die Freiheit und Würde des Menschen. Als positiv-rechtlicher Niederschlag dieser freiheitlichen Staatsidee normieren die Freiheitsrechte ein bestimmtes *liberales Wertsystem*. Dieses soll die «ratio des von der Verfassung konstituierten Staatslebens» sein, d. h. der Sinn des Staatslebens soll darin bestehen, daß dem Individuum die Möglichkeit freier Entfaltung und Förderung in der staatlichen Gemeinschaft gewährleistet ist⁴⁹.

Das liberale Wertsystem findet seinen Ausdruck nicht nur in einer freiheitlichen, verfassungsrechtlichen Ordnung des Verhältnisses zwischen Staat und Individuum. Vielmehr bedeuten die Freiheitsrechte darüber hinaus eine *freiheitliche Grundlegung der gesamten staatlichen Rechtsordnung*. Diese beruht auf der *liberalen* schweizerischen Verfassung und muß daher auch in allen ihren Teilen von freiheitlichen Grundsätzen beherrscht sein, eine Ordnung der Freiheit darstellen. Dies gilt für das materielle Recht und das Prozeßrecht wie

⁴⁶ Vgl. Fleiner/Giacometti 242 f., 282; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 51; Hans Nef, Handels- und Gewerbefreiheit, schweiz. jur. Kartothek Nr. 616, I, 2.

⁴⁷ Darin liegt ein gewisser Widerspruch; es läuft dem Sinn der Gewährleistungen zuwider, daß der Private die Möglichkeit hat, sie illusorisch zu machen. Vgl. dazu Ernst Abderhalden 146 ff., bes. 148 und dort zit. Lit.

⁴⁸ Vgl. Fleiner, BStR 280, Inst. 178; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 61 f.; StR d. Kte. 163 ff.; Fleiner/Giacometti 30 ff., 242; Hans Huber, Verfassungsrechte 2a; vgl. auch BGE 28 S. 129 Erw. 4 über den Wert der Freiheitsrechte als Regeln «d'ordre public».

⁴⁹ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 163; ähnlich Smend, Verfassung und Verfassungsrecht 164.

für das staatliche Organisationsrecht, mithin aber auch für das Beamtenrecht. Sie alle müssen freiheitliche Merkmale aufweisen. In diesem Sinne stellt der Normenkomplex der Freiheitsrechte die *Grundlegung des liberalen Staates* dar ⁵⁰.

Als souveränes Gemeinwesen erscheint zunächst jeder Staat auch der demokratische — «potentiell totalitär» ⁵¹. Gegen die Aktualisierung der potentiellen Staatsallmacht bilden die Freiheitsrechte einen Wall. Sie beschränken die staatliche Wirksamkeit verfassungsrechtlich und negieren innerhalb der dem Individuum gewährleisteten Freiheitssphäre jede staatliche Zuständigkeit ⁵². Sie sind objektives Recht im Sinne von Verhaltensrecht für die Staatsgewalt und richten sich als verbindliche Normen an alle staatlichen Organe, indem sie sie verpflichten, Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Individuums zu unterlassen und dessen Tun zu dulden. Auf diese Weise erscheinen die Freiheitsrechte als die *Grundlage des Rechtsstaates im materiellen Sinne*, dessen Ergänzung in formeller Hinsicht durch die Gewaltenteilung und das damit verbundene Legalitätsprinzip erfolgt ⁵³.

Die Freiheitsrechte bilden überdies gleichsam das *Fundament der Demokratie*, denn ohne persönliche Freiheit gibt es keine politische Freiheit ⁵⁴. Dieser Zusammenhang zwischen individueller Freiheit und Demokratie, die «Bedingtheit» derselben durch den Liberalismus, wird vor allem von *Giacometti* aufs Eindringlichste betont ⁵⁵.

Die Freiheitsrechte stellen zunächst die *ideelle Grundlage* der

⁵⁰ Vgl. dazu *Giacometti*, Verfassungsgerichtsbarkeit 52 und 61, StR d. Kte. 163; *Fleiner/Giacometti* 244.

⁵¹ Vgl. *Giacometti*, StR d. Kte. 164; siehe auch *Hans Haug* 233.

⁵² Vgl. *Giacometti*, StR d. Kte. 163 f.; *Fleiner/Giacometti* 31, 243 f.; *Fleiner*, BStR 275, 318; *Hans Huber*, Verfassungsrechte 116a.

⁵³ Vgl. *Giacometti*, Verfassungsgerichtsbarkeit 54, 61, StR d. Kte. 164 f.; *Fleiner/Giacometti* 31, 33; *Ruck*, Freiheit und Rechtsstaat 78; *Werner Kägi*, Rechtsstaat-Sozialstaat-sozialer Rechtsstaat 129 ff., bes. 133 und 137 f.

⁵⁴ *Anderer Ansicht*: *Schindler*, Über die Bildung des Staatswillens in der Demokratie S. 60: «Eine Demokratie ist nicht ohne Gleichheit, wohl aber ohne Freiheit (im Sinne der Freiheit vom Staat) denkbar.»

⁵⁵ Vgl. *Giacometti*, StR d. Kte. 165 ff.; *Fleiner/Giacometti* 245; vgl. ferner *Hans Meisser*, Demokratie und Liberalismus in ihrem Verhältnis zueinander, Diss. Zürich 1941 S. 99 ff. und die S. 2 zit. Lit.: *Joseph Thür*, Demokratie und Liberalismus in ihrem gegenseitigen Verhältnis, Diss. Zürich 1944; *Werner Kägi*, Überwindung des Parteienstaates 51 f., Demokratie zwischen Individualismus und Kollektivismus 65 bes. 69 und 71, Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus 65 ff. bes. 69; *Claude du Pasquier*, La liberté et le droit suisse 14; ferner insbes. *Guido De Ruggiero*, Storia del liberalismo europeo, I. A. Bari 1925 S. 403 ff.: «Liberalismo e Democrazia».

Demokratie» dar. Diese gibt dem Normunterworfenen das Recht, bei der Normerzeugung mitzuwirken und erscheint in diesem Sinne als letzte, konsequente Verwirklichung der den Freiheitsrechten zugrunde liegenden Idee der Würde und Freiheit des Menschen⁵⁶. Diese Rechte bilden aber außerdem auch die «funktionelle Grundlage der Demokratie»⁵⁷. Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die dem Individuum im Hinblick auf seine Beziehungen zur Umwelt gewährleisteten Freiheitsrechte, wie die Freiheit der Meinungsäußerung, die Pressefreiheit, die Vereins- und die Versammlungsfreiheit. Ohne diese Rechte gibt es keine Aufklärung durch die Presse, durch die Vereine und die Versammlungen, keine öffentliche Diskussion, keine öffentliche Meinung. Unter solchen Umständen wäre jedoch die *Bildung eines unverfälschten Volkswillens unmöglich*. Aber auch die Freiheitsrechte des isoliert gedachten Individuums sind unerlässlich. Sie schaffen erst die Atmosphäre, in welcher die Demokratie wirklich gedeihen kann.

Als objektives Verfassungsrecht betrachtet, bilden die Freiheitsrechte somit eine *positiv-rechtliche Garantie des liberal-demokratischen Rechtsstaates*, wie ihn die schweizerische Staatsidee im Sinne ihres Gerechtigkeitsideals postuliert⁵⁸. Damit verleihen sie dem schweizerischen Staatswesen die notwendige *sachliche Legitimität*, die in der *formellen* Legitimierung durch die Volkssouveränität ihre Ergänzung findet⁵⁹.

Aus der Funktion der Freiheitsrechte als Garantie des liberal-demokratischen Rechtsstaates folgt, daß eine Verletzung dieser Rechte nie nur individuelle Interessen trifft, sondern immer auch gegen das liberale, das demokratische und das rechtsstaatliche Prin-

⁵⁶ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 165 f.; Fleiner/Giacometti 245; Werner Kägi, Verfassung 48 ff.; insbes. Guido de Ruggiero a. a. O. 403. — Umgekehrt erscheint die durch die demokratische Staatsform erreichte Identität der Normerzeuger und der Normunterworfenen als bester Garant der individuellen Freiheit. Der freie Bürger wird seine politische Freiheit nicht dazu gebrauchen, sich die individuelle Freiheit mehr als nötig zu beschränken. Das zeigen die Volksabstimmungen deutlich. Vgl. dazu Giacometti, StR d. Kte. 166; Fleiner/Giacometti 245 f.

⁵⁷ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 167 f.; Fleiner/Giacometti 245 f.; Guido de Ruggiero 477; F. Ruffini 138.

⁵⁸ Vgl. dazu insbes. Werner Kägi, Rechtsstaat-Sozialstaat-sozialer Rechtsstaat 129 ff., bes. 133 f.

⁵⁹ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 163, 168, Verfassungsgerichtsbarkeit 52. — Notwendig ist die Legitimierung der staatlichen Ordnung deshalb, weil der Staat nicht Selbstzweck sein soll, sondern Mittel zur Verwirklichung des gerechten Rechtes.

zip und damit gegen höchste öffentliche Interessen verstößt. Dieser Umstand ist für die folgenden Erörterungen von ganz besonderer Bedeutung. Er zeigt, daß eine Beschränkung der Freiheitsrechte grundsätzlich nur insoweit zulässig sein kann, als die öffentlichen Interessen, zu deren Schutz sie erfolgt, mit dem Sinn der Freiheitsrechte in Einklang stehen.

2. Die Rechtsnatur

a) Die Freiheitsrechte als objektives Recht und als subjektiv-öffentliche Rechte

Als positiv-rechtliche Verfassungsnormen stellen die Freiheitsrechte objektives Recht im Sinne von Verhaltensrecht für die Staatsgewalt dar⁶⁰. Sie sind zwingendes Recht und sollten daher folgerichtigerweise von Amtes wegen anerkannt und angewendet werden⁶¹. Als Reflexwirkung dieser Verhaltenspflicht der staatlichen Organe ergibt sich für den Einzelnen ein erster Schutz seiner individuellen Freiheit⁶².

Allein, die Freiheitsrechte sind nicht etwa nur objektives Recht, bloße Reflexrechte⁶³. Ihrer Idee, ihrem Ursprung, ihrem Sinn und Wesen nach erscheinen sie vielmehr als *subjektiv-öffentliche Rechte*⁶⁴ in Form von rechtsstaatlich⁶⁵, insbesondere verfassungs-

⁶⁰ So z. B. Fleiner/Giacometti 242 f.; A. Favre 334a; vgl. auch Hans Huber, Verfassungsrechte 47a ff. bes. 49a.

⁶¹ Vgl. dazu Fleiner, BStR 280, bes. auch N 19 daselbst; E. Eggenschwiler, Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses, Diss. Bern 1936, S. 107; Burckhardt, Org. 87 ff.; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 11 f. und die dort zit. Lit.; Ernst Abderhalden 135 ff.

⁶² Näheres hierüber bei Fleiner/Giacometti 33.

⁶³ Über die sog. Reflexrechte und deren Unterschied gegenüber den subjektiv-öffentlichen Rechten vgl. z. B. Fleiner, Inst. 172 ff., BStR 279 f.; G. Jellinek, System 67 ff., bes. 70 ff.; Ruth Bernheimer 39 ff. sowie die folgenden Anm. und Literaturangaben.

⁶⁴ Der Begriff ist in der Lit. sehr umstritten. Mit den verschiedenen Theorien über die subjektiv-öffentlichen Rechte setzen sich kritisch auseinander z. B.: A. Favre 324a—354a; Ruth Bernheimer 9—42; Francesco Ruffini 90—130; Urs Affolter § 8, S. 102 ff. Die *subjektiv-öffentliche Natur der Freiheitsrechte bejahen*: Fleiner, BStR 277, 279 f., Inst. 172 ff., bes. 177 f.; G. Jellinek, System 67 ff., 101, 106; Francesco Ruffini 120 ff., bes. 129 f.; Santi Romano, L'Ordinamento giuridico, Pisa 1918, bes. 84 ff.; derselbe, La teoria dei Diritti pubblici subbiettivi, Milano 1898; Ruth Bernheimer 39, 89, 91; Ruck, StR 53; A. Favre 324a ff., bes. 330a und 338a; August Simonius 288 f.; *verneinen*: Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 60 ff.; StR d. Kte. 15, 153, 183, 208; Fleiner/Giacometti 242, 883; Burckhardt, Org. 79 ff., Komm. 2. Aufl.! S. 29 ff.; Hans Huber, Verfassungsrechte 54a—62a. Vgl. auch die an diesen Orten zit. Lit.

gerichtlich ⁶⁶ geschützten Ansprüchen des Individuums auf Respektierung seiner Freiheitssphäre durch die Staatsgewalt ⁶⁷. Der Rechtsschutz der Freiheitsrechte bildet indessen nicht etwa das konstitutive Element der ihnen innewohnenden subjektiven Berechtigung des Individuums ⁶⁸, sondern er ist lediglich die im Sinne des rechtsstaatlichen Postulates notwendige Folge derselben, während diese sich aus den Verfassungen selbst ergibt. Deren Interpretation zeigt nämlich, daß die Freiheitsrechte richtigerweise als subjektiv-öffentliche Rechte aufzufassen sind ⁶⁹. Zu dieser Annahme berechtigt nicht nur der Wortlaut der Freiheitsverbürgungen ⁷⁰, sondern vor allem die individualistische Grundtendenz der in den schweizerischen Verfassungen zum Ausdruck kommenden liberal-demokratischen Staatsidee ⁷¹ und die historische Situation ⁷², aus der heraus die Freiheitsrechte entstanden sind und die heute noch in der im schweizerischen Volksbewußtsein lebendigen Vorstellung nachklingt, wonach die

⁶⁵ Als rechtsstaatliche Garantien zum Schutze der Freiheitsrechte sind in erster Linie zu nennen: 1. die verfassungsmäßige Gewährleistung und die damit zusammenhängende erhöhte formelle Geltungskraft; 2. das Prinzip der Gewaltenteilung und das sich daraus ergebende Legalitätsprinzip; 3. der Grundsatz der Kompetenzmäßigkeit und der materiellen Verfassungsmäßigkeit der staatlichen Funktionen. Vgl. dazu insbes. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 3 ff., 11 ff., 54 ff., StR d. Kte. 55 ff., 161, 175; Fleiner/Giacometti 32 f., 244. Diese Garantien sind aber nur *präventiver* Natur (vgl. Giacometti, StR d. Kte. 56 f.).

⁶⁶ Die weitaus bedeutendste und vor allem auch *repressiv* wirkende Garantie der Freiheitsrechte bildet heute das ebenfalls rechtsstaatliche Institut der Verfassungsgerichtsbarkeit (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV). Vgl. dazu insbes. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit; Ruth Bernheimer, Begriff und Subjekte der verfassungsmäßigen Rechte nach der Praxis des Bundesgerichtes.

⁶⁷ Die im Text vertretene Auffassung der subjektiv-öffentlichen Natur der Freiheitsrechte legt vor allem A. Favre 333a ff., bes. 339a, eingehend dar; vgl. auch die Definition der subjektiv-öffentlichen Rechte bei Ruth Bernheimer 39.

⁶⁸ Anders: G. Jellinek, System 70, 101, 106. Dagegen: Fleiner, Inst. 173 ff. und A. Favre 326a, 337a; ebenso BGE 27 I 494 ff. und dort zit. ältere Entscheide.

⁶⁹ Über die Auslegung der Verfassungen vgl. Giacometti, Auslegung der schweiz. BV.

⁷⁰ Vgl. z. B. Art. 45 BV: «Jeder Schweizer hat das Recht, sich ... an jedem Orte niederzulassen, ...»; ferner Art. 56 BV: «Die Bürger haben das Recht, Vereine zu bilden, ...».

⁷¹ Über die liberal-demokratische Staatsidee und ihre individualistische Grundtendenz vgl. Fleiner/Giacometti 30 ff.; Werner Kägi, Rechtsstaat-Sozialstaatssozialer Rechtsstaat 129 ff.; derselbe, Zur Lage der Schweiz im bedrohten Europa 3 ff., Demokratie zwischen Individualismus und Kollektivismus 62 ff.

⁷² Zur Geschichte der Freiheitsrechte vgl. z. B. Hans Huber, Verfassungsrechte 5a ff.; A. Favre 294a ff.; G. Jellinek, Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte.

Freiheitsrechte eben individuelle Rechte jedes Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt bilden.

Bei Versagen der übrigen — nur präventiv wirkenden — rechtsstaatlichen Garantien seiner Freiheit kann das Individuum mit dem *Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde* den Schutz des Bundesgerichtes als Verfassungsgerichtshof anrufen, wenn eines seiner Freiheitsrechte durch einen staatlichen Hoheitsakt verletzt wird ⁷³.

Mit dieser Ausgestaltung eines rechtsstaatlichen Schutzes der Freiheitsrechte, vor allem mit der gesetzlichen Verankerung der Möglichkeit, sie prozessual geltend zu machen ⁷⁴, anerkennt das positive Recht *ausdrücklich* die ihnen inhärente, subjektive Berechtigung des Individuums gegenüber dem Staat ⁷⁵.

Die Freiheitsrechte sind demnach objektives Verfassungsrecht und subjektive öffentliche Rechte zugleich.

b) Die Freiheitsrechte als unmittelbar anwendbare, absolute Rechtssätze

Mitunter spricht man den Freiheitsrechten die Rechtsqualität ab und bezeichnet sie als bloße Postulate, Richtlinien oder Programmsätze ⁷⁶. Allein, zu Unrecht! Eine solche Auffassung widerspricht nicht nur dem Ergebnis einer sorgfältigen Auslegung der Verfassung, sondern auch der ihnen zugrunde liegenden Staatsidee sowie den historischen Gegebenheiten ⁷⁷. Trotz ihrer — übrigens nur zum Teil — rechtstechnisch mangelhaften Fassung ⁷⁸ sind die Freiheitsrechte

⁷³ Die staatsrechtliche Beschwerde ist allerdings nur gegen kantonale Hoheitsakte möglich, nicht aber gegen solche des Bundes. Vgl. hiez u Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 18, 41 ff. und bes. 84 ff.; Fleiner/Giacometti 243, bes. 886. Siehe auch Art. 113 Ziff. 3 und Abs. 3 BV sowie Art. 84 ff. OG. — Da die Freiheitsrechte demnach gegen die Bundesgewalt keinen prozessualen Schutz genießen, erscheinen sie den Bundesorganen gegenüber als *leges imperfectae*.

⁷⁴ Vgl. Art. 113 Ziff. 3 BV und Art. 84 ff. OG.

⁷⁵ In diesem Sinne werden die Freiheitsrechte in dieser Arbeit als subjektiv-öffentliche Rechte bezeichnet. — Vgl. dazu auch A. Favre 333a ff., bes. 339a und Ruth Bernheimer 89 ff.

⁷⁶ So vor allem Hans Huber, Verfassungsrechte 142a ff., 152a ff.; ferner Alfred Ernst, Die Schranken der Preßfreiheit, Diss. Bern 1945 S. 7 (bezüglich der Preßfreiheit).

⁷⁷ Vgl. Giacometti, StR d. Kt. 154, Verfassungsgerichtsbarkeit 50 f. Siehe auch N 69—72 hiev or.

⁷⁸ Vor allem Hans Huber, Verfassungsrechte bes. 142a f., macht geltend, den Freiheitsrechten fehle die Fassung von Rechtssätzen; so seien z. B. ihre Subjekte und Adressaten ungenügend bezeichnet. — Die vorn N 70 wiedergegebenen Beispiele zeigen jedoch, daß diese Behauptung nur vom Standpunkt einer Rechtslogik aus richtig ist, deren Maßstäbe auf ein historisch gewordenes Gesetzeswerk gar nicht angewendet werden dürfen.

echte Rechtssätze. Sie bedürfen nicht erst der Sinngebung, der Aktualisierung⁷⁹, bevor sie als Individualrechte angewendet werden können, sondern sie sind *unmittelbar anwendbares Recht*, auf das sich der Einzelne direkt berufen kann⁸⁰. Gerade darin, daß sie die Freiheit des Individuums in umfassender Weise *selbst* sichern, liegt ja der Sinn und Zweck ihrer verfassungsmäßigen Gewährleistung; und zwar sind die Freiheitsrechte *absolute Rechte*⁸¹, d. h. sie richten sich als verbindliche Normen an sämtliche staatlichen Organe, auch an den Gesetzgeber. Die Verfassungen garantieren die Freiheit somit nicht etwa nur nach Maßgabe der Gesetze. Eine vom Gesetzgeber inhaltlich näher bestimmte Freiheit wäre zugleich eine begrenzte, eine relative und damit keine Freiheit von staatlichem Zwange mehr, denn der Gesetzgeber hätte es ja in der Hand, auch eine unfreiheitliche Regelung zu treffen⁸². Gerade um das zu verhüten, um sie der Verfügung des einfachen Gesetzgebers zu entziehen, hat man die Freiheitsrechte in die starre Verfassung aufgenommen, und aus demselben Grunde bedürfen sie auch nicht der Ausführung durch die einfache Gesetzgebung, noch setzen sie eine gesetzliche Ordnung voraus⁸³.

c) Die Freiheitsrechte als notwendiges Verfassungsrecht

Die Freiheitsrechte erscheinen in doppelter Hinsicht als unbedingt notwendiger Inhalt der Verfassung⁸⁴: einmal mit Rücksicht auf das Postulat der *logischen*, sodann aber vor allem im Hinblick auf die Forderung der *ethischen* Richtigkeit des Rechts⁸⁵.

⁷⁹ Wie Hans Huber, Verfassungsrechte 144a, 152a, 155a behauptet.

⁸⁰ Vgl. Fleiner/Giacometti 243; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 50, StR d. Kte. 153.

⁸¹ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 153 f.; Fleiner/Giacometti 242 f.

⁸² In diesem Falle hätte die verfassungsmäßige Gewährleistung der Freiheitsrechte gar keinen Sinn mehr, denn die Verfassung würde dann einfach garantieren, was nicht verboten ist, und enthielte somit eine Tautologie (vgl. Giacometti, StR d. Kte. 177).

⁸³ Vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 50/51, StR d. Kte. 153 f.; Fleiner/Giacometti 242 f. Anders Hans Huber, Verfassungsrechte 104a.

⁸⁴ Anderer Ansicht z. B. Hans Huber, Verfassungsrechte 47a, der die Auffassung, daß die Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit notwendiges Verfassungsrecht sind, als «Ballast» bezeichnet. — Über den wesentlichen Inhalt der rechtlichen Verfassung vgl. vor allem Werner Kägi, Die Verfassung 59 ff. bes. 66 ff. und die dort zit. Lit.

⁸⁵ Über die «Forderung der logischen Richtigkeit: das System des Rechts» vgl. insbes. Burckhardt, Methode 121 ff.; über die «Forderung der ethischen Richtigkeit: die Gerechtigkeit des Rechts» siehe derselbe a. a. O. 241 ff.

aa) *Im Hinblick auf das Postulat der logischen Richtigkeit des Verfassungsrechts.* — Die Freiheitsrechte sind — logisch formal gesehen ⁸⁶ — absolut materielles Verfassungsrecht ⁸⁷, d. h. — abstrakt gesprochen — Normen, welche ihrem Gegenstande nach mit rechtslogischer Notwendigkeit ⁸⁸ zum Wesen der Verfassung als oberster Zuständigkeitsordnung des Staates gehören ⁸⁹. Dies trifft im Grunde genommen nur für die Vorschriften über die Organe, die sachliche Kompetenz ⁹⁰ und das Verfahren der Gesetzgebung zu, denn jeden andern Gegenstand könnte die Verfassung ja ohne logischen Widerspruch der Regelung des Gesetzgebers überlassen; die Gesetzgebung muß sie aber unter allen Umständen selbst ordnen, denn seine eigene Kompetenz kann sich der Gesetzgeber nicht geben ⁹¹. Der Normenkomplex, der die Gesetzgebung regelt und damit zugleich auch die Staatsform bestimmt ⁹², stellt somit die Verfassung im absolut materiellen Sinne, das «juristische Element des Staatsbegriffes» dar ⁹³. Ist nun die konkrete Verfassung eine *demokratische*, so muß sie, um vollständig zu sein, mit rechtslogischer Notwendigkeit die Freiheitsrechte garantieren, denn, wie bemerkt, ermöglichen erst diese ein richtiges Funktionieren der Demokratie. Funktionell betrachtet gehören die Freiheitsrechte daher zu den Normen über den Gesetzgeber und sind in diesem Sinne absolut materielles Verfassungsrecht des demokratischen Staates ⁹⁴.

Als solches erscheinen sie aber auch in ihrer weiteren Funktion als Begrenzung der sachlichen Zuständigkeit des Gesetzgebers zu-

⁸⁶ Zur *logisch-formalen* und *ethisch-sachlichen* Betrachtungsweise vgl. Burckhardt, Methode 83 ff., bes. 88 ff.

⁸⁷ Anderer Ansicht: Burckhardt, Org. 206.

⁸⁸ D. h. also nicht etwa ihres konkreten, positiv-rechtlichen Inhaltes wegen, mit Rücksicht auf die Forderung der ethischen Richtigkeit des Rechts. Es geht hier eben nicht um den *Rechtsinhalts*-, sondern einzig um den *Rechtswesensbegriff* der Verfassung. Vgl. zu dieser Unterscheidung Giacometti, StR d. Kte. 17; Fleiner/Giacometti 21 und dort zit. Lit.

⁸⁹ D. h. ohne diese Normen ist die Verfassung eben keine solche.

⁹⁰ Über sachliche und formelle Kompetenzvorschriften vgl. Burckhardt, Org. 260 f.; siehe auch N 96 hiernach.

⁹¹ Vgl. bes. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 1 ff.; StR d. Kte. 16 f.; Fleiner/Giacometti 21; Burckhardt, Einf. 146 f., Org. 202 ff.; vgl. auch Hans Haug 85 ff. und Urs Affolter 29.

⁹² Vgl. G. Jellinek, Allg. Staatslehre 661 ff. und insbes. Giacometti, StR d. Kte. 17.

⁹³ Vgl. hiezu bes. Burckhardt, Org. 202 ff.; Giacometti, StR d. Kte. 16 f. — Diesen Verfassungsbegriff kritisiert speziell Werner Kägi, Die Verfassung 39 ff.

⁹⁴ In diesem Sinne werden die Freiheitsrechte vor allem von Giacometti, StR d. Kte. 18, 168, Fleiner/Giacometti 22, zum absolut materiellen Verfassungsrecht gezählt.

gunsten der individuellen Freiheitssphäre⁹⁵. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet sind sie die negative Antwort auf die für den Schöpfer einer Verfassung unumgängliche Frage, ob der Umfang der sachlichen Kompetenz des Gesetzgebers grundsätzlich unbeschränkt sein solle oder nicht. Damit enthalten sie einen positiv-rechtlichen Entscheid, den die Verfassung ebenfalls mit rechtslogischer Notwendigkeit selbst treffen muß, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend⁹⁶.

bb) Im Hinblick auf das Postulat der ethischen Richtigkeit des Verfassungsrechts. — Unbedingt notwendiges Verfassungsrecht sind die Freiheitsrechte jedoch in erster Linie ihres ethischen Gehaltes wegen⁹⁷, d. h. als sachliche Legitimation der staatlichen Ordnung⁹⁸. Logisch richtig kann eine konkrete Verfassung auch sein, ohne diese Rechte anzuerkennen⁹⁹, sofern sie nur die ihnen zugrunde liegenden Fragen sonstwie beantwortet¹⁰⁰. Dem Postulat der ethischen Richtigkeit aber, der *Gerechtigkeit*, vermag eine solche Ordnung *niemals* zu genügen¹⁰¹. Dabei kommt es gerade darauf an, daß das Gerechte

⁹⁵ Über die Funktion der Freiheitsrechte als Begrenzung der sachlichen Zuständigkeit des Staates vgl. vorn § 3, IV, 1, b und Anm. daselbst.

⁹⁶ Im Sinne von Normen über die sachliche Zuständigkeit des Gesetzgebers sind die Freiheitsrechte — *logisch-formal* — deshalb zum absolut materiellen Verfassungsrecht zu rechnen, weil eben zu den primären Fragen, welche die (abstrakte) Verfassung zu beantworten hat, unzweifelhaft auch diejenige nach dem Umfang der sachlichen Kompetenz des Gesetzgebers gehört. Es genügt nicht, zu bestimmen, wer Gesetzgeber sei, es muß auch festgelegt werden, in welchem sachlichen Bereich dies der Fall sei. — Daß die Verfassung — *ethisch-sachlich* — eine (insbesondere die sachliche Kompetenz des Gesetzgebers) *begrenzende* Ordnung sein soll, legt vor allem Werner Kägi, Die Verfassung 43 ff., eindringlich dar. Vgl. auch Urs Affolter 28 f.

⁹⁷ Ähnlich Hans Haug 235 f.; vgl. auch Serge Bonhôte 155; Ernst Abderhalden 9 sowie BGE 7, 513 Erw. 5.

⁹⁸ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 168.

⁹⁹ Dies allerdings nur dann, wenn sie keine demokratische Verfassung ist, denn eine solche *muß* die Freiheitsrechte mit rechtslogischer Notwendigkeit garantieren; vgl. die Ausführungen unter lit. aa) hievor.

¹⁰⁰ Der *Rechtswesensbegriff* der Verfassung als rein logisches System von Fragen, die sich dem supponierten Schöpfer der Verfassung unumgänglich stellen, ist eben ein bloß formaler, *wertneutraler* Begriff.

¹⁰¹ In diesem Sinne, d. h. als unbedingte Forderung der Gerechtigkeit, dürfen die Freiheitsrechte *verabsolutiert*, als «vor- und überstaatliche, unabdingbare Rechte» bezeichnet werden (vgl. z. B. Werner Kägi, Die Verfassung 47), wie dies schon in Art. 16 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte geschah. Sie sind *wesentlicher* Inhalt der *gerechten* Verfassung. Vgl. hiezu Fleiner/Giacometti 22 und N 4 daselbst; Werner Kägi, Die Verfassung 39 ff., bes. 43 ff., 59 ff., bes. 66 ff.; derselbe, Rechtsstaat-Sozialstaat-sozialer Rechtsstaat 138.

verwirklicht wird und nicht einfach das logisch Folgerichtige ¹⁰². «Der Sinn des Rechtes liegt nie im Formalen, sondern immer im Materialen.»¹⁰³

Daß die verfassungsmäßige Gewährleistung der Freiheitsrechte eine unbedingte Forderung der Gerechtigkeit darstellt, läßt sich allerdings nicht beweisen, denn diese Aussage hat ein Werturteil zum Inhalt, ein Urteil also, das per definitionem nicht bewiesen werden kann ¹⁰⁴. Daß es aber trotzdem richtig ist, und zwar *objektiv* und nicht bloß subjektiv richtig ¹⁰⁵, das läßt sich wenigstens veranschaulichen und in vernünftiger Erwägung *einsehen* ¹⁰⁶, wenn man eine freiheitliche Ordnung mit einer unfreiheitlichen vergleicht, und diesem Vergleich verleiht gerade heute die politische Wirklichkeit «Beweiskraft» wie noch nie zuvor. Die in weiten Gebieten Tatsache gewordene, totale Negation der Freiheitsrechte läßt das aus seinem optimistischen Glauben an ihre Unverlierbarkeit jäh aufgeschreckte

¹⁰² Auch die Verfassung des Machtstaates kann logisch folgerichtig sein. Aber das bloße «Macht- oder Gewaltverhältnis ist der Nullpunkt der Richtigkeit des Rechts, wie das ohnmächtige (machtlose) Recht der Nullpunkt seiner Positivität» (Schönfeld, Die logische Struktur der Rechtswissenschaft 59). «Sagt sich der Staat aber vom sittlichen Ethos los, so verliert das Recht seinen Sinn» (Burckhardt, Staatliche Autorität und geistige Freiheit 23).

¹⁰³ So Schindler, Der Kampf ums Recht 20, Verfassungsrecht und soziale Struktur 3 ff., 33 ff., 40 f., Recht und Staat 126; vgl. insbes. auch Burckhardt, Methode 50; Werner Kägi, Die Verfassung 66 ff. und dort zit. Lit.

¹⁰⁴ Über die Unbeweisbarkeit dieses Werturteils vgl. insbes. Burckhardt, Methode 26 f., 50 f., 93 ff., 241 ff., insbes. 244 ff., Org. 135, 241 ff.

¹⁰⁵ Die *Objektivität des vorliegenden Werturteils* ergibt sich aus folgendem: Es appelliert an die allgemeingültige Idee des Gerechten und gibt eine objektive Wahrheit wieder oder will mindestens eine solche wiedergeben, eine Wahrheit, die unabhängig ist von der Person des Aussagenden. Es ist ein synthetisches Urteil a priori, d. h. es beruht nicht bloß auf Erfahrung und den aus der Erfahrung induktiv gewonnenen allgemeinen Urteilen; es gilt nicht bloß a posteriori, sondern unabhängig von jeder Erfahrung, kraft der allgemeingültigen Idee des Gerechten, dessen Maßstab jeder Mensch, wie den des Schönen, des Wahren und Guten, in mehr oder weniger deutlicher Gestalt in sich trägt (so Burckhardt, Methode 94, bes. auch die in N 35 zit. Lit., 96, 246 f., bes. N 13, Org. 241, 243 ff.). Werner Kägi, Rechtsstaat-Sozialstaat-sozialer Rechtsstaat 133, spricht in diesem Zusammenhang von einem «uner-schütterlichen Rechtsbewußtsein des Einzelnen», Burckhardt, Org. 243 f. vom «Rechtsgewissen». Vgl. auch Hans Haug 12 ff. über «die Wissenschaftlichkeit der Werturteile» sowie die S. 215 zit. Lit.

¹⁰⁶ Daß die objektive Richtigkeit von Werturteilen zwar nicht logisch bewiesen, aber doch *eingesehen* werden kann, betont vor allem Burckhardt, Methode 97, 246 f., bes. N 13, Org. 135, 241.

Abendland deutlicher denn je erkennen, welch immenser Wert diesen Rechten zukommt ¹⁰⁷.

d) Die Freiheitsrechte als ewige Normen der Verfassung

Die Freiheitsrechte erscheinen schließlich auch als *ewige* Normen der Verfassung ¹⁰⁸, d. h. sie stellen *rechtlich nicht revidierbare* Bestimmungen dar, die also auch auf dem Wege einer Verfassungsrevision nicht abgeschafft werden können, sondern vielmehr gerade materielle Schranken derselben bilden und als solche auch für den Verfassungsgesetzgeber verbindlich sind ¹⁰⁹. Sie besitzen m. a. W. erhöhte formelle Gesetzeskraft nicht nur im gewöhnlichen Sinne einer bloß erschwerten Abänderbarkeit, sondern im Sinne rechtlicher Unabänderbarkeit; sie stehen somit — normlogisch gesehen — auf der höchsten überhaupt denkbaren Rechtsstufe ¹¹⁰ und sind auf diese Weise ganz besonders geschützt.

Die schweizerischen Verfassungen stempeln nun allerdings weder die Freiheitsrechte noch sonst irgendwelche ihrer Bestimmungen ausdrücklich zu rechtlich unabänderbaren Vorschriften ¹¹¹. Die rechtliche Unabänderbarkeit der Freiheitsrechte ergibt sich m. E. jedoch

¹⁰⁷ Nicht zufällig hat sich z. B. der «Europarat» schon in seiner ersten Session (Sommer 1949) mit der Frage einer internationalen Gewährleistung der Freiheitsrechte befaßt. Vgl. NZZ Nr. 1826 vom 9.9.1949, Nr. 1830 vom 10.9.1949.

¹⁰⁸ Dieser Meinung ist auch die herrschende Lehre. Vgl. z. B. Fleiner/Giacometti 706 f.; Giacometti, StR d. Kte. 169, 450; Hans Nef, Materielle Schranken der Verfassungsrevision bes. 140 ff.; Hans Haug, bes. 234 ff. sowie die an diesen Orten zit. Lit. — Über die z. T. beträchtlich voneinander abweichenden Begründungen siehe N 112 hiernach. — *Anderer Ansicht* z. B. Ruck, Freiheit und Rechtsstaat 80.

¹⁰⁹ Zur Frage der umstrittenen Rechtsnatur der materiellen Schranken der Verfassungsrevision vgl. z. B. Hans Nef, a. a. O. 108 ff., bes. 125; Giacometti, StR d. Kte. 450; Fleiner/Giacometti 705 f.

¹¹⁰ Vgl. hierzu Hans Nef, a. a. O. 120, 122 f.

¹¹¹ Ausdrücklich normierte Schranken der Verfassungsrevision finden sich dagegen in vielen ausländischen Verfassungen. Mit Recht nimmt die herrschende Lehre jedoch an, daß auch die schweizerischen Verfassungen — stillschweigend — unabänderbare Normen enthalten. Als solche ungeschriebene Schranken der Verfassungsrevision erscheinen neben den Freiheitsrechten auch die Existenz der Verfassung und damit des Staates (vgl. hierzu BGE 61 I 166, bes. 174), die verfassungsgebende Gewalt des Volkes sowie die föderative Struktur des Landes. Vgl. hierzu z. B. Giacometti, StR d. Kte. 450; Fleiner/Giacometti 706 f.; Hans Nef, a. a. O., bes. 130, 132 ff.; Hans Haug 190 ff., bes. 234 ff., 239 ff.; sowie die an diesen Orten zit. Lit.

schon aus dem Postulat der ethischen Richtigkeit des Rechts¹¹². Wie eingehend dargelegt wurde, stellt nämlich die verfassungsmäßige Gewährleistung der Freiheitsrechte eine unbedingte Forderung der Gerechtigkeit dar. Die Freiheitsrechte auf dem Wege einer Verfassungsrevision aufheben, hieße somit eine ethisch fehlerhafte, eine ungerichte Ordnung schaffen. «Eine Verfassungsrevision aber, die das Unrecht einführen will, stößt an die absolute Schranke der Gerechtigkeit»¹¹³. Die *Freiheitsrechte* erscheinen somit *ihres ethischen Gehaltes wegen* nicht nur als *unbedingt notwendiges*, sondern — folgerichtigerweise — auch als *rechtlich unabänderbares, ewiges Verfassungsrecht*¹¹⁴.

V. Die Schranken der Freiheitsrechte im allgemeinen¹¹⁵

1. Die Notwendigkeit der Freiheitsbeschränkung¹¹⁶

Die Freiheitsrechte können für niemand — auch nicht für die Nichtbeamten — schrankenlos gewährleistet sein, denn wenn die individuelle Freiheit unbeschränkte Anerkennung fände, so wäre sie bald nur noch eine bloße Machtfrage in einem Kampfe jedes Einzelnen um seine Selbstbehauptung. Dieser Kampf müßte letzten Endes zum «bellum omnium contra omnes», zur völligen Anarchie führen. Damit verfielen aber der liberal-demokratische Rechtsstaat schlechthin der Auflösung, was auch den Wegfall der Freiheitsrechte, ja der individuellen Freiheit überhaupt zur Folge hätte. «Schrankenlosigkeit der Freiheitsrechte wäre also gleichbedeutend mit ihrer Ge-

¹¹² Dieselbe *material-rechtliche* Argumentation findet sich bei Hans Haug 232 ff., bes. 235. — Eine mehr *naturrechtliche* Begründung gibt Hans Nef, a. a. O. 140 ff. (vgl. deren Kritik bei Hans Haug 174 f.); eine *normlogische* Giacometti, StR d. Kte. 169 und 450; Fleiner/Giacometti 706 f. (vgl. deren Kritik bei Hans Haug 170, 172 f.).

¹¹³ So Hans Haug 236.

¹¹⁴ Über die nähere Begründung der hier vertretenen Theorie der Beschränkung der verfassungsgehenden Gewalt durch das Postulat der Gerechtigkeit vgl. Hans Haug bes. 190 ff. und 232 ff. und dort zit. Lit.

¹¹⁵ Vgl. dazu Fleiner, BStR 318 ff., Inst. 178, 389 ff. und die überaus aufschlußreiche Abhandlung «Einzelrecht und öffentliches Interesse»; Fleiner/Giacometti 246 ff.; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 51 f., StR d. Kte. 172 ff.; Favre 363a ff., 376a ff., 382a ff.; Ruck, StR 53, 72, Freiheit und Rechtsstaat 89 ff., VerwR I 39 ff.; Marcel Bridel, Limites des libertés individuelles 99—115; Claude du Pasquier, La liberté et le droit suisse 7 ff.; Karl Oftinger, Die Vertragsfreiheit 315 ff., bes. 324 ff.

¹¹⁶ Vgl. neben den in N 115 erwähnten Autoren insbes. Max Huber, Die BV als Ausdruck schweizerischen Freiheitswillens, bes. S. 15.

genstandslosigkeit.» Die Freiheit ist stets nur in einer festgefügtten Ordnung denkbar, und zwar wird diese Ordnung nur die durch zwingende Rechtssätze vorgezeichnete und durch den Staat gehütete sein können. An dieser ihrer eigenen Voraussetzung, d. h. an der staatlichen Ordnung, muß die Freiheit notwendigerweise ihre Grenzen haben ¹¹⁷. Sie kann m. a. W. niemals «Negation jeder Bindung» sein ¹¹⁸, sondern ist — um ihrer selbst willen — immer nur in Beschränkung möglich.

Das ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus dem Sinn der Freiheitsrechte: sie wollen dem unbedingten Postulat der Gerechtigkeit folgend — den Eigenwert des Einzelnen um seiner selbst wie um der Kultur willen in der staatlichen Kollektivität sicherstellen und damit die staatliche Ordnung sachlich legitimieren. Zugleich erscheinen sie auch als positiv-rechtliche Garantie des liberal-demokratischen Rechtsstaates, d. h. aber, nach schweizerischer Auffassung, der höchsten, gesellschaftlichen Lebensform eines Volkes. Insbesondere bilden sie eine unerläßliche Voraussetzung für das Wirksamwerden der Demokratie. Als verfassungsrechtliche Verkörperung und Mittel zur Sicherstellung dieser sowohl für das Individuum wie für die Gemeinschaft wichtigsten Rechtsgüter und Einrichtungen dürfen die Freiheitsrechte vernünftigerweise nicht auch zu deren Zersetzung und Zerstörung dienen. Sie genießen den Schutz der Verfassung vielmehr nur, insoweit ihre Ausübung durch den Einzelnen nicht — das Postulat der Gerechtigkeit mißachtend — die Freiheitssphäre der andern beeinträchtigt, Existenz und Wohlergehen des Volkes in Frage stellt und damit mittelbar die staatliche Ordnung gefährdet oder aber direkt gegen den Bestand des liberal-demokratischen, rechtsstaatlichen Gemeinwesens und die demokratische Staatsform im besonderen gerichtet ist ¹¹⁹.

2. Die Vorbehalte der Verfassungen ¹²⁰

a) Die ausdrücklichen Vorbehalte

Die schweizerischen Verfassungen enthalten in der Regel ausdrückliche Vorbehalte zu den Freiheitsrechten, die sie garantieren. So wird z. B. die Gewährleistung der Glaubens- und Gewissensfreiheit

¹¹⁷ Vgl. Bluntschli, Allg. Staatsrecht, 6. Aufl., Stuttgart 1885, S. 618: «Die Freiheit als Rechtsbegriff . . . setzt die Rechtsordnung voraus.»

¹¹⁸ Vgl. Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur 133.

¹¹⁹ Vgl. hierzu insbes. Giacometti, StR d. Kte. 172 f.; Fleiner/Giacometti 246.

¹²⁰ Vgl. auch Giacometti, StR d. Kte. 174 f.

etwa mit dem Hinweis darauf verbunden, daß «Glaubensansichten nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten entbinden»¹²¹. Die Kultusfreiheit wird meist nur «innert den Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung» verbürgt¹²². Die Garantie der persönlichen Freiheit und des Hausrechts erfolgt fast durchwegs unter dem Vorbehalt der «Verhaftung» bzw. der «Hausdurchsuchung in den vom Gesetz bezeichneten Fällen und in den durch das Gesetz vorgeschriebenen Formen»¹²³ oder nur «innert den Schranken der Verfassung und Gesetze»¹²⁴ resp. «nach Maßgabe der allgemeinen Rechtsbestimmungen»¹²⁵ oder sie steht unter dem «Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen»¹²⁶ bzw. «der Gesetzgebung über das Strafverfahren»¹²⁷. Die Ausübung der Meinungsfreiheit, der Preß-, der Vereins- und der Versammlungsfreiheit sowie des Petitionsrechts unterliegt vielfach «den Beschränkungen des allgemeinen Rechts»¹²⁸ bzw. «des allgemeinen Rechts und der Sittlichkeit»¹²⁹, oder es wird ausdrücklich festgehalten, daß «das Gesetz die Strafe des Mißbrauches dieser Freiheiten bestimme»¹³⁰. In einem Kanton wird die Preßfreiheit nur garantiert, sofern sie weder gegen die «Religion des Kantons» noch gegen die «Beziehungen der Eidgenossenschaft» verstößt¹³¹. Als weitere Vorbehalte der Vereins- und Versammlungsfreiheit erscheinen wiederholt «die Sittlichkeit und die öffentliche Ordnung»¹³², oder es dürfen die Vereine und Versammlungen in ihren Zwecken und in den dafür bestimmten Mitteln z. B. nicht «un-

¹²¹ So Art. 49 Abs. 5 BV; ähnlich Art. 63 KV Zürich.

¹²² Vgl. statt vieler: Art. 50 Abs. 1 BV; Art. 85 KV Bern; Art. 15 KV Waadt; Art. 3 Abs. 2 KV Appenzell I.-Rh. (wo aber nur die «Sittlichkeit» als Schranke erwähnt wird).

¹²³ Vgl. statt vieler: Art. 7 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 KV Zürich; § 5 Abs. 2 KV Luzern; § 5 KV Schwyz; Art. 9 Abs. 2 und 3 KV Graubünden; Art. 4 Abs. 2 KV Wallis und Art. 7 Abs. 1 KV Neuenburg.

¹²⁴ So Art. 5 Abs. 1 KV Nidwalden.

¹²⁵ So Art. 2 KV Appenzell I.-Rh.

¹²⁶ So Art. 29 lit. e KV Uri.

¹²⁷ So Art. 6 Abs. 1 KV Obwalden; ähnlich Art. 14 Abs. 2 KV Solothurn.

¹²⁸ So Art. 3 Abs. 1 KV Zürich; Art. 2 KV Appenzell I.-Rh.

¹²⁹ So Art. 18 Abs. 1 KV Aargau; bezüglich der Vereins- und Versammlungsfreiheit sowie des Petitionsrechts auch § 13 KV Thurgau.

¹³⁰ Vgl. statt vieler § 10 KV Schwyz; Art. 9 KV Glarus; § 10 KV Zug; Art. 8 KV Wallis.

¹³¹ «E garantita la libertà della stampa, in guisa però che non offenda ..., nè la religione del Cantone, nè le relazioni della Confederazione ...» (Art. 5 KV Tessin).

¹³² So Art. 12 KV Schaffhausen; Art. 16 Appenzell A.-Rh.

gesetzlich» («illegal») ¹³³, nicht «rechtswidrig» ¹³⁴ bzw. nicht «rechtswidrig oder staatsgefährlich» ¹³⁵ sein oder nicht «gegen die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit» ¹³⁶ verstoßen. Die Gewährleistung der freien Niederlassung wird etwa von der «Erfüllung der gesetzlichen Bestimmungen» ¹³⁷ abhängig gemacht, während als Schranke der weitaus am meisten beschränkten Handels- und Gewerbefreiheit ¹³⁸ neben vielen speziellen Beschränkungen verschiedentlich der allgemeine Vorbehalt «der durch das öffentliche Wohl gebotenen gesetzlichen und polizeilichen Vorschriften» ¹³⁹ besondere Erwähnung findet. — Mit dieser Aufzählung sind die ausdrücklichen, verfassungsrechtlichen Schranken der Freiheitsrechte im wesentlichen namhaft gemacht.

b) Die stillschweigenden Vorbehalte

Zusammenfassend läßt sich ganz allgemein feststellen, daß die Freiheitsrechte nur unter dem *Vorbehalt der öffentlichen Interessen* gewährleistet sind. Diese Schranke der Freiheitsrechte wurde von jeher und überall anerkannt. Sie stellt als solche kein Problem dar. Sie ist nichts den Freiheitsrechten Fremdes, sondern ergibt sich im Gegenteil, wie dargelegt, schon aus deren Sinn. Sie bedarf weder der ausdrücklichen, verfassungsrechtlichen Verankerung, noch ist sie, beim Fehlen einer solchen, auf Gewohnheitsrechtsbildungen zurückzuführen. Sie ist selbstverständlich; sie wohnt dem Begriff der Freiheitsrechte inne, ist also mit diesem Begriffe schon gegeben und läßt sich daher auch jederzeit aus ihm ableiten ¹⁴⁰.

Aus dem Vorbehalt der öffentlichen Interessen folgt mit logischer Notwendigkeit der *Grundsatz des Vorranges der öffentlichen Pflich-*

¹³³ So Art. 11 KV Neuenburg.

¹³⁴ So z. B. Art. 79 KV Bern; Art. 12 KV Nidwalden.

¹³⁵ So z. B. Art. 56 BV; § 8 KV Luzern; § 12 KV Schwyz.

¹³⁶ So Art. 8 Abs. 2 KV Waadt.

¹³⁷ So Art. 14 Abs. 1 KV Zürich.

¹³⁸ Vgl. z. B. Hans Huber, Die Handels- und Gewerbefreiheit in der Gegenwart, Jahrbuch der NHG «Die Schweiz» 1933, S. 59 ff., bes. 66 ff., der postuliert: «Die Gewerbefreiheit als absolute verfassungsmäßige Garantie ist, als durch die Verfassung selbst, durch die Bundesgesetzgebung und durch die Wirklichkeit überholt, aufzuheben.»

¹³⁹ So Art. 17 Abs. 2 KV Schaffhausen; § 15 KV Thurgau.

¹⁴⁰ «Im Begriff des Rechts ist bereits der der Beschränkung enthalten» (G. Jellinek, System 195). Vgl. auch Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 8. A., Bd. 1, 600 ff.; Abderhalden 12 ff.; Hoerni 108; Giacometti, *StR d. Kte.* 173, 180; Ruck, *StR S.* 1; Claude du Pasquier 9 f.

ten, denn diese Pflichten dienen ja dem Schutz oder der Schaffung der im öffentlichen Interesse geheischten Rechtsgüter und Einrichtungen¹⁴¹. Die Freiheitsrechte können nicht als Entlastung von den öffentlichen Pflichten gemeint sein, auf denen zum größten Teil «die Lebensfähigkeit des Staates und die Existenz seiner Einrichtungen» beruhen¹⁴². Solcher «Selbstwiderspruch der Rechtsordnung» wäre untragbar: die Freiheitsrechte können niemals unter Beseitigung, sondern immer nur unter Respektierung der öffentlichen Pflichten gelten¹⁴³.

Dieser Grundsatz ist für die folgenden Erörterungen von großer Bedeutung. Er gilt nämlich nicht nur für die allgemeinen, d. h. jedermann auferlegten Pflichten (z. B. Wehrpflicht, Schulpflicht), sondern ebenso für die über diese allgemeinen Pflichten hinausgehenden Sonderpflichten bestimmter Personen gegenüber dem Staat, mithin also vorab auch für die Beamtenpflichten. Wie beispielsweise der Wehrpflicht auch derjenige nachzukommen hat, dem sein Glaube das Waffentragen verbietet¹⁴⁴, wie das Kind des Israeliten oder Adventisten auch am Samstag zum Schulbesuch angehalten werden kann¹⁴⁵, so hat der Beamte seine Amtsgeschäfte auch an den Feiertagen seiner Konfession zu erfüllen, wenn diese nicht als bürgerliche Ruhetage gelten^{146 147}.

¹⁴¹ Dieser Grundsatz wird in den meisten schweizerischen Verfassungen bei der Gewährleistung der Glaubens- und Gewissensfreiheit ausdrücklich normiert; vgl. z. B. Art. 49 Abs. 5 BV. Vgl. auch Fleiner/Giacometti 332 f., bes. N 99 daselbst; ferner G. Jellinek, System 196; Claude du Pasquier 10; siehe auch N 121 hievor.

¹⁴² Vgl. Urs Flückiger 41.

¹⁴³ Vgl. neben den in N 115 hievor zit. Autoren z. B. Urs Flückiger 41 f.; G. Jellinek, System 164, 196 ff.

¹⁴⁴ Vgl. Salis, Bundesrecht III Nr. 998; Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 501; Verwaltungsentscheide Heft 2 (1928) Nr. 63; Botschaft des BR vom 22. Juli 1949 über die Teilrevision des Militärstrafgesetzes und der Militärstrafgerichtsordnung, BBl 1949 II 137 ff., bes. 144 ff.

¹⁴⁵ Vgl. BGE 66 I 157; Salis, Bundesrecht V Nr. 2475 und 2476; Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 505 III, Komm. 447 f.; Verwaltungsentscheide Heft 7 (1933) Nr. 14, Heft 12 (1938) Nr. 21.

¹⁴⁶ Vgl. hiezu BBl 1882 II 766 über die Einhaltung der Bürostunden.

¹⁴⁷ Vgl. auch ImHof 318a, bes. N 76; Fleiner, BSr 334 f., bes. N 27; Fleiner/Giacometti 332 f.; Burckhardt, Komm. 446 ff. — Unzulässig ist es andererseits, Militärpersonen und Strafgefangene zum Besuch des Gottesdienstes zu zwingen; vgl. ImHof 318a, bes. N 77; Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 505 II; Verwaltungsentscheide Heft 13 (1939) Nr. 6. Ebenso ist es unzulässig, im Reglement einer obligatorischen Feuerwehr den Feuerwehrleuten die Teilnahme an einer Prozession zur Pflicht zu machen (vgl. SJZ 5 S. 280).

3. Der Ausnahmecharakter der Freiheitsbeschränkungen

Mit der Anerkennung verfassungsmäßiger Freiheitsrechte ist die Frage der Verhältnisordnung zwischen Staat und Individuum im Sinne der Freiheit dieses letzteren entschieden. Grundsatz und Regel ist die Freiheit des Einzelnen; jede Beschränkung derselben erscheint als *Ausnahme*, d. h. einer «prinzipiell unbegrenzten Freiheitssphäre des Individuums» steht eine «prinzipiell begrenzte Eingriffsmöglichkeit des Staates» gegenüber¹⁴⁸. Soll daher die Freiheit des Einzelnen beschränkt werden, so muß die staatliche Rechtsordnung — vorab die Verfassung selbst — dies ausdrücklich bestimmen oder wenigstens stillschweigend zum Ausdruck bringen, da jede Freiheitsbeschränkung als Ausnahme von der Regel erscheint und deshalb nur besteht, wenn und insoweit sie vorgesehen ist. Es gilt eben der Satz: «Was nicht verboten ist, ist erlaubt»¹⁴⁹, denn im Rechtsstaat spricht die *Vermutung für die Freiheit des Individuums*¹⁵⁰. Das ist der Grundgedanke, auf dem die Freiheitsrechte beruhen und der von Carl Schmitt treffend als «das fundamentale Verteilungsprinzip des bürgerlichen Rechtsstaates» bezeichnet wurde¹⁵¹.

4. Die Grenzen der Freiheitsbeschränkungen

Die der individuellen Freiheit im öffentlichen Interesse auferlegten Beschränkungen dürfen ihrerseits nicht schrankenlos sein, denn das käme ja letzten Endes einer Umkehrung der verfassungsrechtlich festgelegten Verhältnisordnung zwischen Staat und Individuum gleich. Die Beschränkungen müssen sich vielmehr «innerhalb der liberalen Zone bewegen; das will heißen, nur diejenigen Interessen

¹⁴⁸ Vgl. Hans Huber, Verfassungsrechte 102a; Werner Kägi, Rechtsstaat-Sozialstaat-sozialer Rechtsstaat 138.

¹⁴⁹ Vgl. Burckhardt, Org. 118; ferner Art. 5 Satz II der französischen Menschen- und Bürgerrechtserklärung (abgedruckt bei G. Jellinek S. 20 ff.): «Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.»

¹⁵⁰ Vgl. Fleiner, BStR 286 N 24, 761; Einzelrecht und öffentliches Interesse 10, Inst. 131 und 389; Giacometti, Auslegung der BV 21; Richard Ernst 10. — Diese Präsuntion ist nicht das «Kunststück einer politisch angehauchten Theorie», wie Hans Huber (Verfassungsrechte 119a) kritisch bemerkt, noch läuft sie auf eine Verfälschung des objektiven Verfassungsrechts hinaus, wie Burckhardt (Methode 212) argwöhnt, sondern sie ergibt sich aus dem fundamentalen Grundentscheid der schweiz. Verfassungen zugunsten einer prinzipiell unbegrenzten Freiheitssphäre des Individuums, demzufolge die freiheitsbeschränkenden Normen *in dubio pro libertate* auszulegen sind.

¹⁵¹ Carl Schmitt, Verfassungslehre 164.

dürfen durch die Rechtsordnung gegen Beeinträchtigungen infolge Ausübung der Freiheitsrechte geschützt werden, die *nach freiheitlicher Auffassung schutzwürdig* erscheinen und daher vom liberalen Staat als seine öffentlichen Interessen wahrzunehmen sind»¹⁵².

Der Entscheid über die Schutzwürdigkeit der öffentlichen Interessen verlangt stets ein Werturteil. Dieses Werturteil ist nun aber nicht etwa der Willkür der staatlichen Organe anheimgestellt, sondern es hat immer dem liberalen Wertsystem zu entsprechen, wie es in der gesamten schweizerischen Rechtsordnung — vorab in den verfassungsmäßigen Freiheitsrechten — und in der ihr zugrunde liegenden Staatsidee zum Ausdruck kommt. Dieses liberale Wertsystem bildet m. a. W. den *Maßstab zur Beurteilung der Schutzwürdigkeit der öffentlichen Interessen* gegen Beeinträchtigungen infolge Ausübung der Freiheitsrechte. Dabei handelt es sich, wie nicht genug betont werden kann, nicht etwa um eine bloße politische Maxime, sondern vielmehr um eine Wertordnung, die ihrer immensen Bedeutung wegen in Gestalt der Freiheitsrechte in den staatlichen Grundgesetzen verankert wurde. Das liberale Wertsystem ist eben, wie dargelegt, die ratio und die sachliche Legitimation des von der Verfassung konstituierten Staatslebens¹⁵³. Das will heißen, das sinngebende Ziel des Staatslebens ist nicht irgendein Kollektivum, sondern die menschliche Person in ihrer transzendenten Dignität¹⁵⁴, oder anders ausgedrückt: «der Staat ist um des Menschen, nicht der Mensch um des Staates willen da»¹⁵⁵. Das ist die einfachste *Grundformel*, auf welche sich das fundamentale Bewertungsprinzip des liberal-demokratischen Rechtsstaates zurückführen läßt.

Demnach darf eine Beschränkung der individuellen Freiheit nur zugunsten solcher Interessen erfolgen, die mit dem Sinn der Freiheitsrechte in Einklang stehen, und sie darf nur soweit Platz greifen, als der Schutz dieser Interessen es erfordert¹⁵⁶. Entsprechend muß auch der Grundsatz des Vorranges der öffentlichen Pflichten gegen-

¹⁵² Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 180.

¹⁵³ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 163 und vorn § 3, IV, 1, b.

¹⁵⁴ Vgl. hiezu Max Huber, Die BV von 1848 S. 34.

¹⁵⁵ Vgl. Werner Kägi, Rechtsstaat-Sozialstaat-sozialer Rechtsstaat 133.

¹⁵⁶ So bestimmt z. B. § 76 Abs. 3 der zürcherischen Strafprozeßordnung vom 4. Mai 1919 (mit den seitherigen Änderungen) ausdrücklich: die Untersuchungsverhafteten dürfen «in ihrer Freiheit nicht mehr beschränkt werden, als der Zweck des Verhaftes (nämlich die Verhütung der Flucht- und Kollusionsgefahr) es erfordert». — Vgl. auch Paul Kahn 37 ff. (die Grenzen der Gewalt) bes. 41 ff.

über den Freiheitsrechten präzisiert werden. Er ist zwar an sich zutreffend; er enthält jedoch nur die halbe Wahrheit. Die öffentlichen Pflichten müssen allerdings den Freiheitsrechten gegenüber den Vorrang genießen, aber die Rechtsordnung darf dem Individuum nicht beliebige öffentliche Pflichten auferlegen, sondern nur solche, die ihrer Art und ihrem Umfang nach mit dem liberalen Wertsystem, dem Sinn der Freiheitsrechte vereinbar sind. Das gilt natürlich auch für die Beamtenpflichten.

Der *Sinn der Freiheitsrechte* besteht in erster Linie in der *Garantie von Würde und Freiheit des Einzelnen* als eines vernunftbegabten Wesens, in der Sicherstellung seines *Eigenwertes* innerhalb der staatlichen Kollektivität. Damit hängt aufs engste die Förderung des geistigen und leiblichen Wohles der Gesamtheit als Summe aller Einzelnen zusammen. Überdies bilden die Freiheitsrechte auch die ideelle und funktionelle Grundlage der Demokratie. Sie stellen somit die positiv-rechtliche Garantie des liberal-demokratischen Rechtsstaates dar, wie ihn die schweizerische Staatsidee im Sinne ihres *Gerechtigkeitsideals* postuliert.

Aus diesem Sinn der Freiheitsrechte folgt aber, daß eine Beschränkung der individuellen Freiheit nur insoweit zulässig sein kann, als sie zum Schutze des Eigenwertes jedes Einzelnen oder im Interesse der damit zusammenhängenden Förderung des geistigen und leiblichen Wohles der Gesamtheit erfolgt und die demokratische Willensbildung nicht beeinträchtigt. Eine weitergehende Freiheitsbeschränkung verstößt gegen das liberale, das demokratische und das rechtsstaatliche Prinzip und verletzt damit das der schweizerischen Staatsidee zugrunde liegende, von einer christlich-individualistischen Weltanschauung getragene Gerechtigkeitsideal.

§ 4. Die grundsätzliche Gleichstellung der Beamten und der Nichtbeamten hinsichtlich der individuellen und der politischen Freiheit

I. Die verfassungsrechtliche Grundlage der Gleichstellung ¹

Freiheit und *Gleichheit* sind die beiden obersten Prinzipien, welche dem liberal-demokratischen Rechtsstaat das Gepräge geben. Das erste bezieht sich in einem doppelten Sinne auf das Verhältnis zwischen Staat und Individuum; das zweite dagegen betrifft das Verhältnis der Individuen untereinander.

Freiheit heißt zunächst in negativem Sinne Abwesenheit von staatlichem Zwang: das ist die *individuelle*, die sog. Freiheit *vom* Staat, der negative Status. In der Demokratie hat das Wort aber noch eine andere, nicht minder wichtige Bedeutung. Es bedeutet nämlich auch Teilnahme an der staatlichen Willensbildung, an der Ausübung der Staatsgewalt; das ist die *politische*, die sog. Freiheit *im* Staate, der aktive Status des stimmberechtigten Bürgers. Freiheit bedeutet Freiheit des Willens im Sinne der Fähigkeit, selbstgesetzten Zwecken zu folgen. Hierin liegt die der individuellen wie der politischen Freiheit gemeinsame Wurzel. Die beiden unterscheiden sich lediglich dadurch, daß im einen Falle die tatsächliche Unabhängigkeit des individuellen Willens von der Staatsgewalt gemeint ist, während im andern Falle der demokratische Grundgedanke zum Ausdruck kommt, daß der Einzelne im Staatswillen, an dessen Bildung er ja selbst mitgewirkt hat, nur seinen eigenen Willen wiederfinde, also letzten Endes sich selbst gehorche und in diesem Sinne frei sei.

Die *Gleichheit*, das zweite Grundprinzip des liberal-demokratischen Staates, beruht, wie die Freiheit, ebenfalls auf dem Glauben an den Eigenwert des Individuums als eines vernunftbegabten Wesens, denn dieser Eigenwert kommt *jedem* Menschen, ungeachtet seiner Intelligenzmäßigen und moralischen Qualitäten zu. «Die Rechtsgleichheit ist dementsprechend neben der individuellen und der politischen Freiheit ein Bestandteil der individualistischen Staatsauffassung, die ihre Wurzeln im Stoizismus, im Christentum und im Na-

¹ Vgl. Schindler, Bildung des Staatswillens 51 ff.; Werner Kägi, Zur Lage der Schweiz im bedrohten Europa 8 ff.; Demokratie zwischen Individualismus und Kollektivismus 65 f.; Fleiner, BStR 758 ff.; Fleiner/Giacometti 30 ff.; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 49 ff.; Urs Affolter 43 ff.

turrecht der Aufklärungszeit hat»². Gleichheit bedeutet im Sinne der liberal-demokratischen Staatsidee in erster Linie gleiche politische und gleiche individuelle Freiheit. *Politische Gleichheit*, d. h. Gleichheit in der Selbstbestimmung der Einzelnen im Staate liegt dann vor, wenn grundsätzlich *alle* Bürger in gleicher Weise an der Bildung des Staatswillens und an der Bestellung der obersten Staatsorgane beteiligt sind³. *Gleiche individuelle Freiheit* bedeutet, daß die in den Verfassungen gewährleisteten Freiheitsrechte *jedermann* zustehen, und zwar prinzipiell im *gleichen* Umfang, d. h. für alle im selben Maße beschränkt⁴. Die *Rechtsgleichheit* ist somit das *allgemeine, formale Recht auf gleiche individuelle und politische Freiheit*⁵.

Durch ihre verfassungsrechtliche Gewährleistung hat der Staat die Gleichheit und die Freiheit des Einzelnen als Individuum und als homo politicus zu seinen leitenden *Rechtsprinzipien* erhoben. Der in Art. 4 BV verankerte Grundsatz der Rechtsgleichheit richtet sich an sämtliche staatlichen Organe in Bund und Kantonen, in erster Linie aber an den Gesetzgeber, und beherrscht auf diese Weise die gesamte Rechtsordnung, das Organisations- wie das Verhaltensrecht⁶. Im Verein mit den verfassungsmäßigen Freiheitsverbürgungen und den Normen über die politischen Rechte erscheint somit der *Gleichheitssatz der BV* als die *verfassungsrechtliche Grundlage der prinzipiellen Gleichstellung der Beamten mit den Nichtbeamten hinsichtlich der individuellen und der politischen Freiheit*. Einer Sondernorm, die den Beamten ausdrücklich diese individuelle und politische Freiheit zugestehen müßte und ohne welche sie nicht im Genuße der Freiheitsrechte und der politischen Rechte ständen, bedarf es nach schweizerischer Auffassung nicht⁷, denn entweder sind

² Vgl. insbes. Fleiner/Giacometti 402.

³ Vgl. Fleiner/Giacometti 404.

⁴ Vgl. Fleiner/Giacometti 404 f.

⁵ Vgl. insbes. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 49 und 53.

⁶ Vgl. insbes. Hans Nef, Rechtsgleichheit, schweiz. jur. Kartothek Nr. 546 S. 1.

⁷ Zu Recht wurde deshalb anlässlich der parlamentarischen Beratung des BBtG ein Zusatzantrag zu Art. 24 Abs. 1 BBtG, der auf eine ausdrückliche Bestätigung der politischen und der individuellen Freiheit der Beamten hinauslief, mit der Begründung abgewiesen, «die außerdienstliche Ausübung politischer und bürgerlicher Rechte durch die Beamten im Rahmen der Verpflichtungen ihres Amtes» sei eine «Selbstverständlichkeit», und es wäre ein «Schönheitsfehler des Gesetzes, wenn in der ältesten Demokratie der Welt die Ausübung politischer und bürgerlicher Rechte dem Beamten ausdrücklich garantiert werden müßte». Art. 24 Abs. 1 BBtG lautet: «Der Beamte hat sich durch sein Verhalten in und außer Dienst der Achtung und des Vertrauens würdig zu erweisen, die

Freiheit und Gleichheit die obersten Grundprinzipien der gesamten staatlichen Rechtsordnung und gelten als solche, soweit nicht ausdrückliche Verfassungsnormen dem entgegenstehen, wenigstens grundsätzlich auch für die Beamten; oder aber Freiheit und Gleichheit sind eben nicht die höchsten Rechtsprinzipien und dann kann sich auch der Nichtbeamte nur soweit auf sie berufen, als sie ihm ausdrücklich zugestanden sind. Wenn deshalb weder die Bundesverfassung noch die Kantonsverfassungen den Beamten *expressis verbis* individuelle und politische Freiheit zusichern, so heißt das keineswegs, daß ihnen diese Freiheit nicht zustehe; im Gegenteil, es müßte ausdrücklich in den Verfassungen verankert sein, wenn dem grundsätzlich nicht so wäre⁸. Es konnte deshalb füglich darauf verzichtet werden, zugunsten der Gleichberechtigung der Beamten mit den

seine amtliche Stellung erfordert.» Der abgewiesene Zusatzantrag dazu lautete: «In diesem Rahmen darf der Beamte wegen der außerdienstlichen Ausübung politischer und bürgerlicher Rechte in seinem Dienstverhältnis nicht benachteiligt werden.» (Vgl. StenBull NR 1926 S. 519 ff., Voten Schüpbach und Evéquoz; StenBull StR 1927 S. 155 f., Voten Baumann und Wullschlegler.) — Aus denselben Gründen erscheinen auch die in den Beamtengesetzen von Bund und Kantonen verschiedentlich ausgesprochenen Garantien der Vereinsfreiheit als vollständig überflüssig. Diese Gesetze bestätigen lediglich einen Grundsatz, den sie selbst niemals verletzen dürfen (vgl. z. B. Art. 13 Abs. 1 BBtG; Art. 15 Abs. 1 BAO; Art. 15 BtG Bern; § 54 Abs. 1 BtG Luzern; Art. 41 BtG Freiburg; § 41 BtG Basel-Land; Art. 72 BtG Waadt; Art. 50 BtG Neuenburg). Unzutreffend daher ImHof 367a: «Erst wenn ein ... Freiheitsrecht auch im Beamtengesetze ausdrücklich gewährleistet wird, erhält es außerdem noch den Charakter eines besonderen Rechtes, dem die Dienstgewalt selbst in ihrem eigenen Gebiete weichen muß.»

⁸ Vgl. in diesem Sinne den Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 11 ff. (siehe auch NZZ Nr. 2324 vom 6. Nov. 1948 Bl. 4); nicht schlüssig ist dagegen BGE 65 I 243, wo die Frage, «ob die öffentlichen Bediensteten sich überhaupt auf die Vereinsfreiheit des Art. 56 BV berufen können, oder ob sie durch das bes. Gewaltverhältnis, in das sie gegenüber dem Staate getreten sind, auf die Garantie der Vereinsfreiheit verzichten haben», zwar aufgeworfen, aber nicht beantwortet wird; ähnlich auch BGE 75 II 331. Vollkommen verfehlt ist m. E. die Behauptung von Walter Fischler (S. 74), wonach als unbestritten gelten dürfe, «daß sich der Gewaltunterworfenen nicht mehr auf die subjektiv-öffentlichen Rechte» (gemeint sind insbes. die Freiheitsrechte) berufen könne. Unzutreffend für das schweiz. und wohl auch für das deutsche Recht Richard Ernst 9 f.: «Die Freiheitsverbürgungen der deutschen RV vom 11. August 1919 sind im Zweifel einschränkend auszulegen, in dem Sinne, daß sie nur die Freiheit des unabhängigen, lediglich im allgemeinen Gewaltverhältnis stehenden Bürgers schützen. Wer als Beamter ... in einem bes. Gewaltverhältnis steht, kann sich der vorgesetzten Behörde gegenüber im Zweifel nicht auf die Freiheitsverbürgungen berufen. Dieser Zweifel über den Umfang der Gewährung der Freiheit kehrt sich in eine Vermutung für diese Freiheit um, wenn durch ausdrückliche Bestimmungen die Freiheit den Staatsbürgern, die in einem besonderen Gewaltverhältnis stehen, zugesichert wird.»

Nichtbeamten im Sinne gleicher politischer und individueller Freiheit verfassungsrechtliche Sondernormen zu erlassen, wie sie z. B. die Weimarerverfassung mit Bezug auf die «politische Gesinnung» und die «Vereinigungsfreiheit» der Beamten in Art. 130 Abs. 2 enthielt⁹. Derartige Sonderbestimmungen können niemals konstitutive Bedeutung haben, sondern sind rein deklaratorischer Natur im Sinne der bloßen Bestätigung eines ohnehin schon geltenden Prinzips¹⁰.

*Die Beamten genießen demnach in der Schweiz grundsätzlich dieselbe individuelle und politische Freiheit wie die Nichtbeamten*¹¹. Das allein entspricht der schweizerischen Rechtsauffassung über die dem Beamten im schweizerischen «Volksstaat» zukommende Stellung¹². Die vom Volk oder von den Behörden zur Besorgung der

⁹ Art. 130 der RV vom 11. August 1919 lautet:

(Abs. 1) «Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei.»

(Abs. 2) «Allen Beamten wird die Freiheit ihrer politischen Gesinnung und die Vereinigungsfreiheit gewährleistet.»

¹⁰ Mit Recht nimmt denn auch Willi Schleweis (S. 1 und 12) für das deutsche Recht unter der Weimarerverfassung an, den Beamten stände auch ohne die ausdrückliche Bestimmung von Art. 130 Abs. 2 RV die «Freiheit ihrer politischen Gesinnung» und die «Vereinigungsfreiheit» zu. Er gibt für diese Auffassung allerdings keine Begründung und verstrickt sich denn auch in einen Widerspruch, indem er (S. 24) ausführt, Art. 130 Abs. 2 RV sei zweifellos eine Spezialbestimmung, die nur für die Beamten, nicht auch für die übrigen Staatsbürger maßgebend sei, während die zit. Verfassungsbestimmung richtigerweise als rein deklaratorische Bestätigung eines ohnehin schon geltenden, allgemeinen Grundsatzes (vgl. Art. 118 Abs. 1 RV) aufgefaßt werden muß.

¹¹ In diesem Sinne Hans Müller 41; Hans Escher 116; Hans Huber in NZZ Nr. 1863 vom 25. September 1947 Bl. 2; Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat 42: «Der schweizerische Beamte tritt nicht in das enge Abhängigkeitsverhältnis zum amtlichen Vorgesetzten wie der deutsche Beamte. Privatleben und politische Betätigung des Beamten sind grundsätzlich der Kontrolle des amtlichen Vorgesetzten entzogen.» Vgl. ferner Hugo Spielmann 82 ff.; ImHof 292a, 301a und insbes. 317a f.; Fleiner, BStR 259 f.; Ernst Abderhalden 93 und die dort zit. Lit.; *anderer Ansicht* (allerdings nur bezüglich der individuellen Freiheit) Burckhardt, Komm. 523; Walter Fischler 74.

¹² Vgl. insbes. Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat 42; Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner 12 f. (siehe auch NZZ Nr. 2324 vom 6. November 1948 Bl. 4). — Ein beamtenrechtliches Verbot der politischen Betätigung, wie es z. B. § 26 des Military Government Law Nr. 15 vom 18. Februar 1949 für die «Verwaltungsangehörigen der Verwaltung des vereinigten (anglo-amerikanischen) Wirtschaftsgebietes» enthält, ist im höchsten Grade *undemokratisch* und stände mit dem in den schweizerischen Verfassungen verankerten Rechtsgleichheitsprinzip in schärfstem Widerspruch. Die genannte Bestimmung lautet im authentischen deutschen Text: «Ein Beamter darf sich nicht als Kandidat zu einem öffentlichen Amte aufstellen lassen und darf nicht durch politische Tätigkeit eine Partei oder ein politisches Programm öffentlich unterstützen. Der Beamte muß sein Amt niederlegen, bevor er die Aufstellung als Kandidat zur Wahl in eine gesetzgebende Körperschaft annimmt.» Vgl. auch § 5 N 47 S. 100.

öffentlichen Geschäfte berufenen Bürger bilden nicht wie im «Beamtenstaat» einen besonderen Stand. Sie sind nicht minderen Rechts. Die Rechtsordnung, die für alle gilt, gilt auch für sie und namentlich kommen die Freiheitsrechte, die alle schützen, auch ihnen zugute; sie können sich nicht nur dann auf das allgemeine Recht berufen, wenn ihnen die für sie geltenden Sondernormen dies ausdrücklich vorbehalten¹³. «Es ist ja ein Grundgedanke der schweizerischen Demokratie, daß die Geschäfte der Gemeinschaft von den Bürgern selber besorgt werden sollen. Und wenn es mit der Zeit notwendig geworden ist, den dazu vom Volk oder von den obersten Behörden Berufenen in steigender Zahl Hilfskräfte beizugeben, so bot auch diese Entwicklung keinen Anlaß dazu, diesen Hilfskräften grundsätzlich eine Sonderstellung zuzuweisen. Schon daß ihr Dienstverhältnis regelmäßig zeitlich beschränkt ist, und daß sich der Staat nicht verpflichtet, es dauernd aufrecht zu erhalten, hätte das verhindert. Die Beamten bleiben Bürger, wie die leitenden Magistraten und wie die Personen, die ihre Dienste nicht dem Gemeinwesen, sondern Privaten leisten».¹⁴ Es widerspräche dem Rechtsgleichheitsprinzip, wenn der Beamte der Herrschaft des Privatrechts schlechthin entzogen oder wenn ihm verboten würde, seine politische Überzeugung frei zu bekennen und sie im Rahmen der Rechtsordnung auch zu betätigen oder wenn ihm gar die politischen Rechte abgesprochen würden¹⁵.

II. Das Wesen der Gleichstellung

1. Hinsichtlich der individuellen Freiheit

Die verfassungsmäßigen Freiheitsrechte sind grundsätzlich jedermann gewährleistet. Sie stehen somit grundsätzlich auch den Beamten zu. Das bedeutet, daß der Staat die Ausübung der Freiheitsrechte seitens der Beamten nicht über das für alle geltende Maß hinaus *polizeilich* erschweren oder gar verhindern darf, und daß ein Beamter für die Art und Weise, wie er die auch ihm gewährleistete Freiheit

¹³ Vgl. die in N 7 hievor zit. Garantien der Vereinsfreiheit durch verschiedene Beamtengesetze sowie den in N 9 hievor wiedergegebenen Art. 130 Abs. 2 der RV vom 11. August 1919.

¹⁴ Diese überaus treffenden Ausführungen sind dem Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 13 entnommen; vgl. auch NZZ Nr. 2324 vom 6. November 1948 Bl. 4.

¹⁵ Vgl. ImHof 317a; Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 721 I und II, Fleiner/Giacometti 676.

betätigt, nur unter denselben Voraussetzungen *strafrechtlich* zur Verantwortung gezogen werden kann, wie jeder andere Bürger. Das besondere Gewaltverhältnis, in welchem sich der Beamte dem Staate gegenüber befindet, hat also keine Umkehrung der grundlegenden, freiheitlichen Verhältnisordnung zwischen dem Staat und dem Beamten als Individuum zur Folge. Es spricht vielmehr auch in diesem Falle die Vermutung für die Freiheit, und es gilt auch hier der Satz: «Was nicht verboten ist, ist erlaubt.»

Nun erwachsen dem Beamten mit der Amtsübernahme allerdings auch gewisse besondere Pflichten gegenüber dem Staat, die andern Bürgern nicht obliegen, Pflichten, die er auch bei der Ausübung der Freiheitsrechte zu beobachten hat. Setzt er sich statt dessen beim Gebrauch der Freiheitsrechte darüber hinweg, so darf ihn der Staat zwar an der Betätigung der ihm grundsätzlich zustehenden Freiheit so wenig wie jeden andern Bürger hindern und diese Betätigung nur nach den für alle geltenden Regeln als Mißbrauch der Freiheitsrechte ahnden; für die Verletzung seiner Amtspflicht aber darf er ihn verantwortlich machen, auch wenn diese Pflichtverletzung gerade durch die Ausübung der Freiheitsrechte oder bei deren Ausübung begangen worden ist. Wenn ein Beamter die prinzipiell auch ihm zuerkannten Freiheitsrechte innert den für die Nichtbeamten festgesetzten Grenzen in an sich zulässiger Weise ausübt, so bleibt daher in jedem Falle zu prüfen, ob er mit seiner Handlungsweise nicht etwa die durch die Eingehung des Dienstverhältnisses begründeten besonderen Pflichten, die Beamtenpflichten, verletzt habe und für diese *Pflichtverletzung* disziplinarisch oder gar strafrechtlich verantwortlich sei ¹⁶.

Das Wesen der Gleichstellung der Beamten mit den Nichtbeamten hinsichtlich der individuellen Freiheit besteht demnach darin, daß das durch die Freiheitsrechte festgelegte Grundverhältnis zwischen Staat und Individuum auch im Beamtenverhältnis fortbesteht und daß der Beamte bei der Ausübung der Freiheitsrechte über die für alle geltenden Schranken derselben hinaus einzig auch noch die ihm

¹⁶ In diesem Sinne insbes. der Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 11, allerdings nur mit Bezug auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten für ihre Presseerzeugnisse; vgl. auch NZZ Nr. 2324 vom 6. Nov. 1948 Bl. 4. — Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Beamten für Amtspflichtverletzungen vgl. z. B. Art. 35 f. BBtG sowie StGB, II. Buch, 18. Titel, Art. 312 ff. betr. strafbare Handlungen gegen die Amts- und Berufspflicht. Bezüglich der disziplinarischen Verantwortlichkeit sei beispielsweise auf Art. 30 ff. BBtG verwiesen. — Unter Umständen kann ein Beamter sogar disziplinarisch verantwortlich gemacht werden für etwas, das er als Staatsbürger glaubte tun zu müssen (Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 36).

obliegenden besonderen Pflichten zu beobachten hat, ohne aber im übrigen auf seine individuelle Freiheit verzichten zu müssen ¹⁷.

2. Hinsichtlich der politischen Freiheit

Wie die Freiheitsrechte grundsätzlich jedem Individuum gewährleistet sind, so stehen die politischen Rechte grundsätzlich jedem Aktivbürger, mithin auch den Beamten zu, wenigstens soweit sie männlichen Geschlechts sind ¹⁸. Dem Gleichheitssatz der BV (Art. 4) entsprechend gilt eben das Prinzip des allgemeinen und gleichen Stimmrechts, des allgemeinen und gleichen aktiven und passiven Wahlrechts und der allgemeinen und gleichen Ämterfähigkeit.

Der Beamte genießt somit wie jeder andere Aktivbürger das Recht zur Teilnahme an eidgenössischen und kantonalen Verfassungs- und Gesetzesabstimmungen sowie das Recht zur Unterzeichnung von eidgenössischen Verfassungsinitiativbegehren, kantonalen Verfassungs- und Gesetzesinitiativen und eidgenössischen und kantonalen Referendumsbegehren. Es steht ihm ferner wie jedem andern das aktive Wahlrecht im Sinne des Rechts zur Teilnahme an eidgenössischen und kantonalen Wahlen zu; desgleichen das passive Wahlrecht als das Recht auf Zulassung zu den durch Volkswahl zu besetzenden Ämtern ¹⁹. Der Beamte kann demnach an Wahlen und Abstimmungen nach seinem Gutdünken teilnehmen und dabei seine Stimme derjenigen Partei geben, welche seine Sympathien genießt. Über die Ausübung seines Wahl- und Stimmrechts ist er niemand, insbesondere auch nicht seinen Vorgesetzten, Rechenschaft schuldig. Eine Kontrolle seines Votums ist, soweit es sich um geheime und schriftliche Wahlen und Abstimmungen handelt, ohne weiteres rechtswidrig ²⁰.

¹⁷ Da der Begriff «Freiheitsrechte» von jeher nur auf das allgemeine Verhältnis zwischen Staat und Individuum Anwendung fand, ist es abzulehnen, den Anspruch des Beamten auf Ferienurlaub als ein besonderes beamtenrechtliches «Freiheitsrecht» zu bezeichnen, wie es Imhof 367a tut. Eine solche Terminologie kann nur Verwirrung stiften.

¹⁸ Die Frauen — ob Beamte oder Nichtbeamte — sind in der Schweiz noch immer grundsätzlich von den politischen Rechten ausgeschlossen. — M. E. *vollständig unhaltbar* André Grisel (S. 82): «*Lex posterior et specialis*, la loi sur le statut des fonctionnaires déroge aux dispositions constitutionnelles et légales conférant des droits politiques aux citoyens.»

¹⁹ Vgl. insbes. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 52 f., StR d. Kte. 228 ff.; Fleiner/Giacometti 404; Walter Fischler 156 ff. Die zahlreichen Unvereinbarkeitsbestimmungen bilden keine Beschränkung des passiven Wahlrechts, vgl. dazu N 28 hiernach.

²⁰ Vgl. z. B. Art. 8 des BG vom 19. Juli 1872 betr. die eidg. Wahlen und Abstimmungen; Walter Fischler 158.

Ebenso müßten Weisungen der dienstlichen Vorgesetzten über die Ausübung der politischen Rechte seitens der Beamten als unzulässig bezeichnet werden ²¹.

Der Beamte darf nun aber nicht etwa nur an geheimen, sondern ebenso an öffentlichen Wahlen und Abstimmungen — man denke etwa an die Landsgemeinden — teilnehmen; ebenso ist ihm gestattet, ein Referendums- oder Initiativbegehren *namentlich* zu unterzeichnen. Das ist im Hinblick auf das Problem des Umfangs und der Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten von ganz besonderer Bedeutung. Wenn der Beamte nämlich in Ausübung seiner politischen Rechte seine eigene, persönliche politische Stellungnahme *ohne jede Rücksicht auf diejenige seiner Vorgesetzten* in verfassungsrechtlich vorgesehener Form öffentlich dokumentieren darf, wenn er das Recht hat, durch die Mitunterzeichnung eines Referendums gegen einen gesetzgeberischen Erlaß demonstrativ seine Opposition gegen die legiszierende Behörde zum Ausdruck zu bringen ²², so muß ihm umso mehr gestattet sein, vor einer Wahl oder Abstimmung bzw. vor der Unterzeichnung eines Referendums oder einer Initiative seine Meinung in einer für den Staat unverbindlichen Form zu äußern und öffentlich zu vertreten. Es wäre widerspruchsvoll, dem Beamten einerseits wie jedem Aktivbürger das Recht einzuräumen, als Teilorgan bei der staatlichen Willensbildung mitzuwirken, ihm aber andererseits die Freiheit zu versagen, die seiner Willensäußerung als Teilorgan zu Grunde liegende und als solche für den Staat rechtlich noch unverbindliche Meinung kund zu tun ²³.

²¹ Vgl. Walter Fischler 158 und die dort zit. Lit.

²² Dieses Recht war seinerzeit in Deutschland bestritten. Die preußische Regierung wollte nämlich ihren Beamten unter Androhung von Disziplinarmaßnahmen verbieten, das Volksbegehren gegen den neuen Zahlungsplan über die Kriegsreparationen, den sog. Youngplan, zu unterzeichnen. Das Verbot wurde damit begründet, daß die Unterzeichnung des Volksbegehrens einer Verletzung der Treupflicht des Beamten gleichkomme. Mit Recht hat jedoch das Reichsgericht mit Entscheid vom 17. und 19. Dezember 1929 den Erlaß der preußischen Regierung als verfassungswidrig aufgehoben, indem es ausführte, die Pflichten der Beamten könnten keineswegs höher bewertet werden als ihr verfassungsmäßiges Recht auf Freiheit der politischen Gesinnung. Die Unterzeichnung eines Volksbegehrens und die Teilnahme an der Volksabstimmung darüber sei rechtlich Teilnahme am Volksgesetzgebungsverfahren. Daraus folge, daß die Teilnahme am Volksbegehren und am Volksentscheid darüber dem Beamten ohne jede Einschränkung offen stehen müsse wie die Stimmabgabe bei der Reichstagswahl. Vgl. dazu Walter Fischler 160; RGZ 127 S. 1 ff.; DJZ 1929 S. 1455, 1507, 1601 und 1930 S. 1364; siehe ferner André Grisel 82.

²³ Vgl. Hans Huber, Grundsätzliche Erwägungen zum «Fall Mutzner», NZZ Nr. 1863 vom 25. September 1947 Bl. 2 Spalte 4.

Die besonderen Pflichten, welche dem Beamten im Gegensatz zum Nichtbeamten dem Staate gegenüber obliegen, dürfen die Ausübung seiner politischen Rechte in keiner Weise *rechtlich* beschränken. Das folgt aus dem Wesen dieser Rechte ²⁴. Sie setzen die Gesamtheit der Stimmberechtigten als *höchstes* Staatsorgan im Lande ein, indem sie ihnen die verfassungsändernde Gewalt und damit die «Verfügung über die Geltungsquelle der gesamten staatlichen Ordnung» einräumen. Sie übertragen den Stimmberechtigten und damit jedem Einzelnen als Teil des höchsten Staatsorgans die Verfassungs- und die einfache Gesetzgebung, staatliche Funktionen also, die den andern

der Rechtsanwendung und der Rechtsvollstreckung — unbedingt voranzugehen haben. Ohne die Bildung eines höchsten und damit für den Aufbau der ganzen Rechtsordnung maßgebenden Willens ist ein Staat ja überhaupt nicht denkbar. Die politischen Rechte sind denn auch deshalb nicht nur subjektive öffentliche Rechte im gewöhnlichen Sinne ²⁵, sondern vielmehr «Organkompetenzen und daher gleich den Zuständigkeiten der Staatsorgane im engeren Sinne objektives Recht in der Bedeutung von Muß- und Darfvorschriften, und zwar bilden die Normen über das Stimmrecht bei Wahlen und Abstimmungen notwendigerweise Mußvorschriften, während die Rechtsätze über das Initiativrecht der Stimmberechtigten Darfvorschriften sind» ²⁶. Nicht umsonst werden die politischen Rechte in der kantonalen Gesetzgebung vielfach als «Bürgerpflichten» bezeichnet. Sofern sie eben Kompetenzvorschriften im Sinne von Mußvorschriften sind, begründen sie trotz ihrer Bezeichnung als «Rechte» Rechtspflichten, d. h. Organpflichten der Aktivbürger und sollten als solche logischerweise eine Sanktion in Form des sog. Stimmzwanges besitzen ²⁷.

Stellen die politischen Rechte aber die primärsten Organpflichten dar, die im demokratischen Staat überhaupt zu erfüllen sind, wenn er funktionsfähig sein soll, so folgt daraus ohne weiteres, daß sie logischerweise durch keine anderen Pflichten, insbesondere auch

²⁴ Vgl. zum folgenden Giacometti, StR d. Kte. 206 ff. und insbes. 222 ff.; Verfassungsgerichtsbarkeit 52 ff.; Fleiner Giacometti 423 ff.

²⁵ Als solche erscheinen sie sowohl nach der Theorie als auch nach der bundesgerichtlichen Praxis (vgl. Fleiner, Inst. 177, BStR 257; Ruth Berchmer 28 ff. und Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 59). Diese einsichtige Auffassung wird mit Recht kritisiert bei Giacometti, StR d. Kte. 209 f.; Fleiner Giacometti 429; Urs Affolter 76 ff. insbes. 93 ff.

²⁶ So Giacometti StR d. Kte. 203 f.

²⁷ Vgl. Giacometti, StR d. Kte. 209.

nicht durch die Beamtenpflichten, rechtlich beschränkt werden dürfen²⁸. Das bedeutet freilich nicht, daß der Beamte durch seine Pflichten an der Ausübung der politischen Rechte nicht trotzdem dienstlich verhindert sein könne. Diese Verhinderung kann aber in jedem Falle höchstens eine bloß faktische, niemals aber eine rechtliche sein. Auf solche faktische Beschränkungen der Beamten in der Ausübung ihrer politischen Rechte kann im Rahmen des gestellten Problems jedoch nicht näher eingetreten werden²⁹. Ebenso müssen die vielen Bestimmungen über die Unvereinbarkeit einer Beamtung mit der Bekleidung eines öffentlichen Amtes³⁰ sowie die Vorschriften über die Pflicht der Beamten zur Einholung einer Ermächtigung für die Bekleidung öffentlicher Ämter³¹ von der Betrachtung ausgeschlossen bleiben.

²⁸ Das ist denn auch weder im Bund noch in den Kantonen irgendwo der Fall, und zwar ist auch das passive Wahlrecht der Beamten nirgends beschränkt. Die zahlreichen Unvereinbarkeitsbestimmungen und die Vorschriften zur Einholung einer Ermächtigung für die Bekleidung eines öffentlichen Amtes beschränken das passive Wahlrecht des Beamten an sich nicht. Seine Wahl ist in jedem Falle rechtsgültig. Hingegen hängt die Beibehaltung und Ausübung des Amtes von der Beseitigung des Unvereinbarkeitsgrundes bzw. von der Beibringung einer behördlichen Bewilligung ab. — So kam es z. B. vor, daß ein Beamter, dessen Partei wünschte, daß er in den Nationalrat eintrete, ohne daß die Verwaltung dazu eingewilligt hätte, auf seine Beamteneigenschaft verzichtete, dabei weiter im Dienste des Bundes arbeitet, aber auf Grund eines privatrechtlichen Dienstvertrages, sodaß ihn keine verfassungsrechtliche oder sonstige Vorschrift mehr hinderte, sein Nationalratsmandat anzunehmen und auszuüben (vgl. darüber O. Leimgruber, *La Question des Cumuls en Suisse* 23). Ein derartiges Vorgehen dürfte allerdings eine Umgehung der Unvereinbarkeitsvorschriften darstellen. — Eine Beschränkung des passiven Wahlrechts liegt deshalb nicht vor, weil dieses weder dem Nichtbeamten noch dem Beamten ein Anrecht auf ein bestimmtes Amt, sondern lediglich das Recht auf Zulassung zur Wahl gibt. Vgl. hiezu Fleiner/Giacometti 482; nicht ganz zutreffend Walter Fischler 171 ff. — Eine offensichtliche Beschränkung des passiven Wahlrechts ist dagegen die in N 12 hievorige Bestimmung des Military Government Law Nr. 15.

²⁹ Vgl. hiezu Walter Fischler 162 ff., der auch auf die Gefahr einer zu weit gehenden faktischen Behinderung der Beamten in der Ausübung ihrer politischen Rechte hinweist und zugleich die Möglichkeiten anführt, diese Gefahr zu vermindern.

³⁰ Vgl. z. B. Art. 77 BV betr. Unvereinbarkeit des Nationalratsmandates mit der Bekleidung eines andern eidg. Amtes; vgl. dazu Verwaltungsentscheide Heft 16 S. 16 ff.

³¹ Vgl. z. B. Art. 14 BBtG; Art. 16 BAO; § 15 BtG Zürich; § 29 BtG Glarus; Art. 11 BtG St. Gallen; Art. 45 BtG Tessin; Art. 20 BtG Waadt. — Dabei gilt z. B. auch die Vormundschaft als «öffentliches Amt» im Sinne von Art. 14 BBtG; vgl. O. Leimgruber, *La Question des Cumuls en Suisse* S. 4 und Schreiben der Generaldirektion der Bundesbahnen vom 20. Febr. 1931 an das Gewerkschaftsamt des Schweiz. Eisenbahnverbandes. Vgl. auch Art. 382 und 383 Ziff. 6 ZGB.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß das Beamtenverhältnis auch das durch die politischen Rechte im Sinne der Teilnahme jedes Einzelnen an der staatlichen Willensbildung normierte Grundverhältnis zwischen Staat und Individuum als *homo politicus* grundsätzlich unangetastet läßt. Die politische Gleichberechtigung der Beamten mit den Nichtbeamten aber ruft ihrerseits wieder nach Gleichstellung hinsichtlich der individuellen Freiheit, denn jene kann nur dann voll wirksam sein, wenn auch diese garantiert ist; ohne individuelle Freiheit fehlt der politischen eben der lebendige Kern, der sie erst sinnvoll macht.

III. Die Bedeutung der Gleichstellung

Die Gleichstellung der Beamten mit den Nichtbeamten hinsichtlich der politischen und der individuellen Freiheit ist namentlich für die staatliche Willensbildung überaus bedeutsam. Das hängt einmal mit der *großen Zahl der Beamten* und außerdem mit dem Umstand zusammen, daß die Beamten — wenigstens die höher gestellten unter ihnen — dank ihrer allgemeinen intellektuellen Fähigkeiten, vor allem aber dank ihrer *Sachkenntnisse* in besonders hohem Maße geeignet erscheinen, das objektiv Richtige zu erkennen und es bei der staatlichen Willensbildung zur Geltung zu bringen. Sie gehören größtenteils jener Elite im Staate an, ohne deren Wachsamkeit und Einflußnahme die freiheitliche demokratische Meinungsbildung gar leicht ins Demagogische abgeleitet³². Diese Bedeutung der Gleichstellung sei im folgenden kurz näher dargelegt.

Wenn die individuelle Freiheit ein Grundprinzip des liberal-demokratischen Rechtsstaates ist, so geht es nicht an, dem ganzen *Heer von über 210 000 eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Beamten*³³ den vollen Genuß der Freiheitsrechte grundsätzlich vorzuenthalten, d. h. sie dürfen im «Volksstaat» — im Gegensatz zum «Beamtenstaat» — nicht ohne Not in der Ausübung ihrer verfassungsmäßigen Rechte beschränkt werden. Sie sollen als Beamte nicht «mindern Rechts» sein, «wenn nicht ein höheres Staatsinteresse auch im ‚Volksstaat‘ es gebietet.» Sie sollen keine «Kaste von Subalternen»

³² Vgl. Henry Hentsch, *Le rôle des élites dans l'Etat*, Jahrbuch der NHG «Die Schweiz» 1946 S. 130 ff., bes. 136/137; Hans Nef, *Demokratie und Richtigkeit des Rechts*, Antrittsrede vom 21. Juni 1947 an der Universität Zürich, abgedruckt im schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1947 S. 377 ff.; Hans Nabholz, *Aktive Verteidigung der Demokratie*, im Jahrbuch der NHG «Die Schweiz» 1938 S. 26 ff.

³³ Die genauen Zahlen siehe hinten, im Anhang III.

bilden, «unter denen der Bürgersinn abstirbt»³⁴, sondern vollwertige, d. h. freie, verantwortungsbewußte Bürger sein, die nicht nur bei den geheimen Wahlen und Abstimmungen verstohlen ihre Stimme abgeben, sondern sich auch öffentlich zu ihrer Meinung, die kund zu tun ja jeder Bürger als Teilorgan des demokratischen Staates berufen ist, bekennen und damit an der eigentlichen Bildung des staatlichen Willens und nicht bloß an dessen plebiszitären Manifestationen mitwirken.

Nach der demokratischen Staatsidee kommt der Staatswille, «la volonté générale», umso reiner zum Ausdruck, je mehr stimmberechtigte Bürger ihre politischen Rechte auch wirklich ausüben, an den Wahlen und Abstimmungen tatsächlich teilnehmen³⁵. Ständen also den Beamten die politischen Rechte, insbesondere das Stimm- und das Wahlrecht nicht wie jedem andern Bürger zu, so könnten die Ergebnisse der Plebiszite überhaupt nicht als Ausdruck des wahren Volkswillens angesehen werden, denn von insgesamt rund 1 380 000 Stimmberechtigten wären ja die mehr als 172 000 männlichen Beamten³⁶, also *nahezu ein Achtel aller Berechtigten*, von der Mitwirkung bei der staatlichen Willensbildung ganz oder teilweise ausgeschlossen.

Für die Bildung eines unverfälschten Staatswillens ist nun aber nicht nur wesentlich, daß die politischen Rechte auch den Beamten *rechtlich* zustehen, sondern es muß darüber hinaus auch dafür gesorgt sein, daß sie an der Ausübung dieser Rechte nicht etwa *faktisch* übermäßig verhindert werden. Dem ist bei der Ausgestaltung des Verfahrens für die Ausübung der politischen Rechte gebührend Rechnung zu tragen³⁷. Zudem muß den Beamten auch gestattet sein, ihre Meinung über alle öffentlichen Angelegenheiten grundsätzlich frei zu äußern, denn nur in der freien öffentlichen Diskussion kann sich schließlich aus der vorgefaßten Meinung jedes Einzelnen der bei der Stimmabgabe zu erklärende Wille herauskristallisieren. Die Freiheit der Meinungsäußerung ist eben die wichtigste funktionelle Grundlage für das Wirksamwerden der Demokratie.

Die Beamten sind nun aber nicht etwa nur ihrer großen Zahl,

³⁴ Vgl. Hans Huber, Grundsätzliche Erwägungen zum «Fall Mutzner», NZZ Nr. 1863 vom 25. September 1947 Bl. 2, Spalte 1.

³⁵ Vgl. Fleiner/Giacometti 447; Giacometti, StR d. Kte. 231 f.; J. J. Rousseau, Du contrat social, liv. II, chap. II: «Car la volonté est générale, ou elle ne l'est pas; elle est celle du corps du peuple, ou seulement d'une partie.»

³⁶ Die genauen Zahlen siehe hinten, im Anhang III.

³⁷ Vgl. hiezu Walter Fischler S. 162 ff. Über die Grundsätze des Verfahrens bei der Ausübung der politischen Rechte vgl. Giacometti, StR d. Kte. 231 ff.; Fleiner/Giacometti 447 ff.

sondern auch ihrer allgemeinen intellektuellen Fähigkeiten und insbesondere ihrer Sachkenntnisse wegen ein überaus bedeutsamer Faktor der staatlichen Willensbildung. Das trifft naturgemäß hauptsächlich für die höheren Beamten zu. Sie sind dank ihrer Intelligenz und Ausbildung in besonders hohem Maße fähig, das objektiv Richtige zu erkennen und es bei der staatlichen Willensbildung zur Geltung zu bringen. Diese Fähigkeit haben sie freilich mit einer ganzen Reihe anderer Berufe gemeinsam. Was ihre Meinung im Hinblick auf die staatliche Willensbildung aber von ganz besonderer Bedeutung erscheinen läßt, sind ihre *Fachkenntnisse als Beamte*. In einer Zeit, da die dem Volksentscheid zu unterbreitenden Sachfragen nicht nur an Zahl, sondern auch an Komplexität und Kompliziertheit ständig zunehmen, ist es unerläßlich, Fachleute zu gewinnen, welche die öffentliche Meinung auf das objektiv Richtige hin formen, indem sie den zum Entscheid aufgerufenen Bürger, der ja meist blutiger Laie ist, sachlich unterrichten und ihn so in die Lage versetzen, sich überhaupt eine eigene Meinung zu bilden. «Es ist geradezu verderblich für das Land, wenn wichtigste Bereiche gegenwärtiger oder künftiger Staatstätigkeit der Bildung einer unabhängigen öffentlichen Meinung mangels Sachkenntnis vieler oder wegen einseitiger Propaganda der Interessenten entzogen sind.» Nun fehlt es zwar in der Regel nicht an Fachleuten, sondern daran, daß die meisten von ihnen zugleich gerade die am Ausgang des Volksentscheides am stärksten Interessierten sind, sodaß ein unabhängiges Urteil von ihnen nicht erwartet werden kann. «Bei dieser Not an wirklichen Experten bleiben also solche oft nur die Fachbearbeiter der öffentlichen Verwaltung, die höheren Beamten, übrig.»³⁸ Ihrer Fachkenntnisse und Erfahrungen wegen eignen sie sich überdies in besonders hohem Maße auch für die Bekleidung öffentlicher Ämter³⁹. Es muß deshalb dafür gesorgt werden, daß ihnen die Ausübung eines öffentlichen Amtes, soweit dies mit der Erfüllung ihrer Dienstpflichten überhaupt vereinbar ist, nach Möglichkeit erleichtert wird⁴⁰. Nur auf diese Weise lassen sich sach-

³⁸ Vgl. Hans Huber, Grundsätzliche Erwägungen zum «Fall Mutzner», NZZ Nr. 1863 vom 25. September 1947 Bl. 2, Spalte 2; ähnlich der Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 36.

³⁹ Vgl. O. Leimgruber, La Question des Cumules en Suisse S. 8; Botschaft des BR vom 18. Juli 1924 zum BBtG, BBl 1924 III 78.

⁴⁰ Das geschieht denn auch z. B. in der Weise, daß ein Abzug an der Besoldung, den Ruhetagen oder Ferien nur zulässig ist, wenn und soweit die infolge der Ausübung öffentlicher Ämter entstandene Abwesenheit vom Bundesdienst innerhalb eines Kalenderjahres zusammen 15 Tage übersteigt (Art. 14 Abs. 4 BBtG). Vgl. auch Fleiner/Giacometti 672.

kundige, unparteiische und daher am besten für das allgemeine Wohl besorgte Kandidaten in genügender Zahl finden ⁴¹.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß ein gänzlicher oder partieller Ausschluß der Beamten von den politischen und den Freiheitsrechten nicht nur dem *liberalen* und dem *rechtsstaatlichen*, sondern ebenso, und zwar in einem doppelten Sinne, dem *demokratischen* Prinzip widerspräche. Ein derartiger Ausschluß käme nämlich nicht nur einer rein zahlenmäßigen, quantitativen, sondern auch einer qualitativen Verfälschung des Prinzips der Volkssouveränität gleich, das seinerseits als die formelle Legitimation der staatlichen Ordnung erscheint. Einmal wäre nämlich ein wesentlicher Teil des Volkes von der entscheidenden Mitwirkung bei der staatlichen Willensbildung ausgeschlossen, sodaß die Plebiszite überhaupt nicht mehr als Ausdruck des Willens des Volkes, sondern nur als Willenserklärung eines Teils desselben betrachtet werden könnten. Zudem wäre aber der erklärte Wille dieses Teiles erst noch in qualitativer Hinsicht verfälscht, denn wenn die Beamten in der dem Volksentscheid vorausgehenden öffentlichen Diskussion nicht frei mitreden dürften, so könnte sich auch die Meinung der Nichtbeamten nicht in der richtigen Weise, d. h. in Kenntnis aller vertretenen Auffassungen, bilden ⁴².

⁴¹ Dabei ist grundsätzlich stets das Gewaltentrennungsprinzip einzuhalten und jede rechtliche oder faktische Monopolisierung der Ausübung öffentlicher Ämter durch Beamte allein zu vermeiden.

⁴² Dabei liegt das Wertvolle ja gerade nicht darin, *daß* die Mehrheit entscheidet, sondern in der Art und Weise, *wie* sie zustande kommt (vgl. Hans Nabholz, Aktive Verteidigung der Demokratie, Jahrbuch der NHG «Die Schweiz» 1938 S. 27).

II. TEIL

Die beamtenrechtlichen Schranken der geistig-kulturellen Freiheit

1. Kapitel

Die Rechtslage

§ 5. Die Meinungsfreiheit der Beamten im allgemeinen

I. Begriff, verfassungsrechtliche Garantie und Bedeutung der Meinungsfreiheit

1. Der Begriff

a) Wesentliche Merkmale

Die *Meinungsfreiheit im Rechtssinne* kann etwa als das verfassungsmäßig garantierte Recht des Einzelnen bezeichnet werden, ungehindert durch den Staat «Äußerungen zu tun, die irgendwie einen geistigen Inhalt aufweisen oder eine Empfindung ausdrücken»¹.

Die Meinungsfreiheit ist ein *verfassungsmäßiges Freiheitsrecht*. Ihr *Subjekt* ist das Individuum; ihre *Adressaten* sind sämtliche staatlichen Organe. Sie steht somit dem Einzelnen nur dem Staate, nicht aber auch Privaten gegenüber zu².

¹ So Fleiner/Giacometti 364; vgl. auch André Grisel 5 ff.; Willi Schleweis 16 ff.; Hans Korner, Das Recht der freien Meinungsäußerung im Verhältnis zu den Forderungen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit, Diss. Freiburg 1937 S. 31; und die an diesem Ort zit. Lit.

² Anders faßt z. B. André Grisel (S. 7) den Begriff der Meinungsfreiheit auf: «Nous la concevons (sc. la liberté d'opinion) comme une liberté au sens général du mot, qui peut être limitée par toute règle de droit ...» Eine derartige Definition ist m. E. unzulänglich, denn eine Freiheit, die durch *jeden* Rechtsatz eingeschränkt werden kann, ist eben gerade keine Freiheit im rechtsstaatlichen Sinne mehr.

Wenn von der Meinungsfreiheit im Rechtssinne gesprochen wird, so kann es sich dabei nur um das Recht auf freie Meinungsäußerung handeln, denn die Denkfreiheit, d. h. die Möglichkeit zu denken, Ideen, Meinungen zu *haben*, ist rechtlich gar nicht faßbar. Sie stellt eine sog. «natürliche Freiheit»³ dar, die sich jeder rechtlichen Regelung entzieht. Was sich rechtlich regeln, normieren läßt, ist nicht die Meinung selbst, sondern nur deren *Äußerung*. Diese kann gänzlich verboten, einer Zensur unterworfen oder aber — wie im liberal-demokratischen Rechtsstaat — innert den Schranken der öffentlichen Interessen völlig frei erlaubt werden. Das erscheint so selbstverständlich, daß es, wie André Grisel bemerkt⁴, fast pedantisch wirkt, wenn man, statt kurz von Meinungsfreiheit (*liberté d'opinion*) zu sprechen, den schwerfälligen, wenn auch an sich richtigeren Terminus Meinungsäußerungsfreiheit (*liberté d'expression d'opinion*) verwendet.

Objekt der Meinungsfreiheit ist schlechthin jede Äußerung einer Meinung. Als solche bezeichnet z. B. Rothenbücher «eine Stellungnahme grundsätzlicher Art, um, sei es im Bereiche der Welt-, Staats-, Gesellschafts- und Religionsanschauung, sei es im Bereiche der Kunst oder Technik oder sonst seine Meinung kund zu tun»⁵. Diese Aussage mag an und für sich richtig sein, aber sie grenzt an Tautologie. Das hängt mit der Schwierigkeit zusammen, den Begriff der Meinung im staatsrechtlichen Sinne des Wortes in befriedigender Weise zu umschreiben, eine Schwierigkeit, über die auch die Philosophie mit ihren Definitionen nicht recht hinwegzuhelfen vermag.

Die *Philosophie* unterscheidet nämlich zwischen *Meinen*, *Glauben* und *Wissen* und versteht unter Meinung (*opinion*) «eine Art des Fürwahrhaltens, ohne Sicherheit der Überzeugung, ohne Bewußtsein der Geltungsnotwendigkeit», eine «vorläufige Annahme vor der Prüfung auf Stichhaltigkeit», eine «Ansicht, Auffassung betreffs eines Sachverhaltes»⁶. «Meinen ist ein mit Bewußtsein sowohl objektiv als subjektiv unzureichendes Fürwahrhalten», sagt Kant und unterscheidet demgegenüber das «Glauben» als «ein subjektiv zureichendes, objektiv aber unzureichendes Fürwahrhalten»⁷. Das Wissen, die Ge-

³ So z. B. Fleiner/Giacometti 364; Giacometti, StR d. Kte. 158.

⁴ André Grisel 5.

⁵ Vgl. Karl Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4, S. 18.

⁶ So Rudolf Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 4. A. Berlin 1927 ff., Bd. I S. 112 unter «Meinung».

⁷ Kant, Kritik der reinen Vernunft, herausgegeben von Raymund Schmitt, 13. Aufl. 1926 S. 678 f.

wißheit (la certitude) kann etwa als ein objektives und subjektives Fürwahrhalten bezeichnet werden ⁸.

Allein, so brauchbar diese Unterscheidung in der Philosophie sein mag, im schweizerischen Staatsrecht ist sie jedenfalls nicht verwendbar. Gegenstand der Meinungsfreiheit kann nicht bloß die Äußerung einer Meinung im philosophischen Sinne des Wortes sein, sondern ebenso gut das Bekenntnis eines Glaubens oder die Mitteilung eines Wissens ⁹. Der *Begriff der Meinungsäußerung im Sinne der schweizerischen Verfassungsgarantien* ist viel weiter, als der exakte philosophische Begriff «Meinung» erwarten ließe; er ist m. E. richtigerweise als *pars pro toto* aufzufassen und bedeutet *Äußerung menschlicher Gedanken und Empfindungen überhaupt*. Das folgt aus dem Sinn der Freiheitsrechte im liberalen Wertsystem ¹⁰. Danach ist eben jede Seite der menschlichen Freiheit, die überhaupt einmal rechtlich relevant werden könnte, als durch die Verfassung garantiert anzusehen, so z. B. nicht etwa nur die Verlautbarung einer bestimmten Vermutung, eines «Fürwahrhaltens», sondern schlechthin jede Äußerung, die irgendwie einen geistigen Inhalt aufweist oder eine Empfindung ausdrückt.

b) Unwesentliche Merkmale

Auf den *Gegenstand, auf welchen sich die geäußerte Meinung bezieht*, kommt es grundsätzlich nicht an ¹¹. Ob es sich dabei um eine öffentliche oder eine ausschließlich private Angelegenheit, eine Beziehung zwischen Sachen oder ein Verhältnis unter Personen, einen ideellen oder einen materiellen Sachverhalt handelt, ist unerheblich. Die Stellungnahme braucht keine «grundsätzliche» zu sein, wie z. B. Rothenbücher meint ¹². Als Meinungsäußerungen haben auch reine Tatsachenberichte zu gelten, obwohl sie der subjektiven Erwägung entbehren und nicht als Produkt eines Denkprozesses erscheinen ¹³. Gleichgültig ist ferner, ob es sich um Meinungsäußerungen politischer Art oder um solche religiöser, wissenschaftlicher oder künstlerischer

⁸ So André Grisel S. 5/6.

⁹ So auch André Grisel 6 und Willi Schleweis 18.

¹⁰ Vgl. hiezu vorn § 3, III, 2.

¹¹ In diesem Sinne auch André Grisel 6.

¹² Karl Rothenbücher, a. a. O. S. 18.

¹³ In diesem Sinne auch Fleiner/Giacometti 364 N 3; anderer Ansicht Willi Schleweis 19: «Die Tatsachenäußerung ist ein rein physischer Vorgang ohne intellektuelle Motivation.» Dabei wird aber völlig übersehen, daß zumindest der Entscheid darüber, ob man eine Tatsache mitteilen wolle oder nicht, jedenfalls stets intellektuell motiviert ist.

Natur handelt, denn das Recht auf freie Meinungsäußerung gilt für alle in gleicher Weise. Immerhin nehmen die *Meinungsäußerungen politischer Art* eine ganz besondere Stellung ein. Sie beziehen sich ja, per definitionem, immer auf den Staat, seine Verfassung, seine Organe, seine Einrichtungen oder seine Tätigkeit und haben meist die Beeinflussung der staatlichen Ordnung zum Ziel. Der Begriff der politischen Betätigung umfaßt alle Phasen politischen Lebens, vom einfachen politischen Bekenntnis bis zur umstürzlerischen Handlung mit allen zwischen diesen beiden Polen möglichen Variationen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß die Aktualität des Problems der Meinungsfreiheit der Beamten hauptsächlich im Gebiete des Politischen liegt ¹⁴.

Unwesentlich für den Begriff der Meinungsfreiheit sind auch die *Mittel*, deren sich der Einzelne zur Äußerung seiner Meinung bedient ¹⁵. Diese Mittel sind überaus zahlreich und mannigfaltig, denn es fällt schlechthin alles in Betracht, was irgendwie geeignet erscheint, eine Meinung zum Ausdruck zu bringen. Neben dem gesprochenen Wort, der Schrift, dem Druck und der bildlichen Darstellung kommen als Äußerungsformen auch Gebärden und konkludente Handlungen in Frage, die wiederum in Demonstrationen und in der Verwendung bestimmter Symbole und Farben verschiedene Gestalt annehmen können.

Wer beim Singen der Nationalhymne oder beim Vorbeimarsch der Schweizerfahne als einziger ostentativ die Kopfbedeckung aufbehält, manifestiert auf diese Weise seine Meinung so gut wie derjenige, welcher einen debütierenden Pianisten auspfeift oder bei der Vorführung eines ausländischen Propagandafilms demonstrativ den Saal verläßt. Als weitere Beispiele seien etwa das Anheften der roten Parteiabzeichen und das Mitmarschieren bei Umzügen am 1. Mai, die Nachahmung ausländischer Grußformen (man erinnere sich etwa an den sog. «Hitlergruß») oder die Verwendung bestimmter Embleme (z. B. Hammer und Sichel) genannt. Ja selbst durch Schweigen kann man unter Umständen eine Meinung zum Ausdruck bringen ¹⁶.

¹⁴ Daß dem auch allgemein so ist, folgt schon daraus, daß die Verfassungsbestimmungen, die irgend eine Form der Meinungsäußerungsfreiheit garantieren, dies in erster Linie im Hinblick auf die politische Meinungsäußerung tun. Vgl. dazu z. B. Fleiner/Giacometti 368, 375.

¹⁵ In diesem Sinne auch André Grisel 6; Willi Schleweis 18 f.

¹⁶ Möglicherweise ist das Mittel einer Meinungsäußerung unzulässig, während diese selbst durchaus erlaubt erscheint. So ist z. B. die Ablehnung eines de-

Grundsätzlich nicht entscheidend ist ferner der *Ort*, wo eine Äußerung getan wird ¹⁷. Jede Äußerung, falle sie im privaten Kreise oder in aller Öffentlichkeit, untersteht dem Schutz der Meinungsfreiheit, aber auch allen ihren polizeilichen, strafrechtlichen und disziplinarischen Beschränkungen.

Der von Willi Schleweis zitierte Ausspruch Bismarcks ¹⁸: «Die Souveränität meines Monarchen endigt an der Schwelle des Salons meiner Frau», ist deshalb juristisch nicht haltbar. Für die in diesem Salon beispielsweise an der Person des Monarchen geübte Kritik hätte der Kritiker zweifellos zur Verantwortung gezogen werden können, wenn seine Äußerung durch eine Indiskretion dem Monarchen zu Ohren gekommen wäre.

Wenn der Bundesbahnbeamte Schmid entlassen wurde, weil er während der Arbeitszeit in den *Diensträumen* an vier Mitarbeiter die Oktobernummer 1930 der von der kommunistischen Betriebszelle Bahnhof Zürich herausgegebenen Zeitschrift «Das rote Signal» verteilt hatte ¹⁹, so geschah das, weil dieses Parteiblatt seinem Inhalt nach eine «kommunistische Hetz- und Propagandaschrift» war und nicht in erster Linie deshalb, weil die Verteilung in den Diensträumen und während der Arbeitszeit stattgefunden hatte. Hätte Schmid statt der erwähnten Zeitschrift eine Sportzeitung verteilt, so wäre er deshalb wohl höchstens verwahrt, niemals aber entlassen worden.

Auf den *Ort* der Meinungsäußerung kommt es also prinzipiell nicht an. Immerhin unterliegt die Freiheit, einer Meinung in einer öffentlichen Versammlung Ausdruck zu geben, mit Rücksicht auf die ungleich schwererwiegenden Folgen, die eine öffentliche Meinungsäußerung nach sich ziehen kann, engeren Beschränkungen, als die Freiheit, sich in einem kleinen Kreise zu äußern ²⁰. Umgekehrt ist aber eine an sich unzulässige Meinungsäußerung nur deswegen, weil sie bloß im privaten Kreise erfolgt, nicht weniger unzulässig.

bütierenden Pianisten zweifellos erlaubt. Dagegen ist es unstatthaft, diese Ablehnung durch Auspfeifen zum Ausdruck zu bringen, zumindest wenn dadurch andere Zuhörer, die am Konzert Gefallen finden, in ihrem künstlerischen Genuß gestört werden.

¹⁷ So auch André Grisel 6 und Willi Schleweis 22.

¹⁸ Vgl. Willi Schleweis 22.

¹⁹ Entscheid der Kreisdirektion III der Schweiz. Bundesbahnen vom 18. November 1930 i. S. R. Schmid; BGE 57 I 154 ff.

²⁰ In diesem Sinne auch André Grisel 6/7.

2. Die verfassungsrechtliche Garantie

a) Garantie und Begriff einzelner Formen der Meinungsfreiheit

Im Gegensatz zu verschiedenen Kantonsverfassungen garantiert die Bundesverfassung die Meinungsfreiheit nicht ausdrücklich. Dagegen zählt sie *expressis verbis* mehrere andere Freiheitsrechte auf, die alle als besondere Formen des allgemeinen Rechts auf freie Meinungsäußerung erscheinen, so die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Kultusfreiheit, die Preß-, die Vereins- und die Petitionsfreiheit.

In der Garantie der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 49 Abs. 1 BV) und der Kultusfreiheit (Art. 50 Abs. 1 BV) ist die Freiheit der *Meinungsäußerung auf religiösem Gebiete* mitenthalten²¹. Danach ist der Einzelne befugt, seinen religiösen, bzw. unreligiösen Überzeugungen in Wort und Schrift oder sonstwie freien Ausdruck zu geben, religiöse Kritik zu üben und religiöse Propaganda zu treiben.

Als «Kernstück der Meinungsäußerungsfreiheit» garantiert Art. 55 BV die *Preßfreiheit*²². Darunter ist das Recht des Einzelnen zu verstehen, seine Gedanken und Empfindungen durch Benutzung der Presse einer unbeschränkten Anzahl von Menschen zur Kenntnis zu bringen. Den Schutz der Preßfreiheit genießen nicht nur die eigentlichen Presseerzeugnisse wie Zeitungen, Bücher, Flugblätter, Wahlaufrufe und dgl., sondern auch Gedankenäußerungen, die mit Hilfe eines anderen mechanischen Verfahrens als mit dem der Presse vervielfältigt worden sind, so z. B. das gedruckte Bild, die Grammophonplatte, die hektographierte Schrift usw.²³

Nach Art. 56 BV haben die Bürger «das Recht, Vereine zu bilden, sofern solche weder in ihrem Zweck, noch in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich sind». Damit soll in erster Linie das Recht der *Meinungsäußerung in Vereinsform* gewährleistet werden²⁴, und zwar garantiert Art. 56 BV die freie Meinungsäuße-

²¹ So insbes. Fleiner/Giacometti 315 f. und N 2 daselbst, 367 und N 22 daselbst. Teilweise abweichend Burckhardt, Komm. 442 f.

²² Vgl. dazu Fleiner/Giacometti 364 ff., bes. 366; Fleiner BStR 372 f.; Hans Nef, Preßfreiheit, schweiz. jur. Kartothek Nr. 321, I, 2, a, aa.

²³ Unter die Preßfreiheit fallen sie allerdings nur dann, wenn sie offensichtlich verbreitet werden. Das Charakteristische der Presse liegt eben, rechtlich gesehen, nicht in der Art der Vervielfältigung, sondern in der Verbreitung von Gegenständen, auf denen ein Gedanke oder eine Empfindung in Wort oder Bild ausgedrückt ist (vgl. dazu Burckhardt, Komm. 534; Hans Nef, a. a. O.).

²⁴ Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Verfassungsartikels über die Vereinsfreiheit und aus seiner unmittelbaren Nachbarschaft zum Artikel über die Preßfreiheit. Vgl. dazu Fleiner/Giacometti 375; Hans Nef, Vereinsfreiheit, schweiz. jur. Kartothek Nr. 698, II, 1, a; Burckhardt, Komm. 522.

nung nicht nur intern, unter den Vereinsmitgliedern, sondern auch gegenüber Nichtmitgliedern, so z. B. gegenüber den Teilnehmern einer vom Verein organisierten öffentlichen Versammlung²⁵.

Das in Art. 57 BV garantierte *Petitionsrecht* stellt ebenfalls eine bestimmte Form des Rechts auf freie Meinungsäußerung dar²⁶. Es gewährleistet dem Einzelnen die Möglichkeit, mit Bitten, Beschwerden über Amtshandlungen, Vorschlägen über Rechtssetzung und Rechtsanwendung oder sonstigen Anregungen an die öffentlichen Behörden zu gelangen, ohne deswegen Belästigungen oder Rechtsnachteile irgendwelcher Art seitens des Staates befürchten zu müssen²⁷. Und zwar ist neben der Einzelpetition auch die Massenpetition zulässig²⁸. «Die Rechtswirkung der Petition besteht darin, daß jede Behörde verpflichtet ist, eine schriftliche Petition, die sich auf Angelegenheiten ihres Kompetenzbereiches bezieht, entgegenzunehmen und einzusehen.»²⁹ Dagegen besteht für die angegangene Behörde keine Rechtspflicht, zum Inhalt der Petition Stellung zu nehmen und dem Petenten eine Antwort in der Sache zu erteilen³⁰.

b) Garantie der Meinungsfreiheit als solcher

Trotz Fehlens einer ausdrücklichen Garantie unterliegt es keinem Zweifel, daß die *Bundesverfassung* stillschweigend auch die *Meinungsfreiheit im Sinne eines allgemeinen Rechts auf freie Meinungsäußerung* garantiert³¹. Das ergibt sich schon aus der ausdrücklichen Gewährleistung der einzelnen, erwähnten Formen des Rechts auf freie Meinungsäußerung, insbesondere aus der Garantie der Preß-

²⁵ So insbes. Fleiner/Giacometti 375.

²⁶ So insbes. Walter Gisiger, Das Petitionsrecht in der Schweiz, 84 und die dort zit. Lit.

²⁷ Vgl. dazu Walter Gisiger 84; Fleiner/Giacometti 388; Fleiner, BStR 322; Burckhardt, Komm. 529; Verwaltungsentscheide, Heft 10 Nr. 15.

²⁸ Untersagt ist das kollektive Petitionieren nur den Angehörigen der Armee (Art. 52 III und 59 des Dienstreglementes vom 25. November 1932). Vgl. dazu Walter Gisiger 97.

²⁹ So Fleiner/Giacometti 389.

³⁰ In der Praxis wird allerdings keine vernünftige Petition ohne Antwort gelassen; vgl. dazu Walter Gisiger 77 und 82; Verwaltungsentscheide Heft 10 Nr. 15. — Das Petitionsrecht ist heute insofern bedeutungslos, als dem Bürger zur Wahrung seiner Interessen in Form von Referendum und Initiative wirkksamere Mittel zur Verfügung stehen.

³¹ Vgl. z. B. Fleiner, BStR 372; ähnlich die Antwort des Bundesrates auf eine Kleine Anfrage von Nationalrat de Senarclens (Genf) betr. Zulässigkeit von Publikationen von Diplomaten und höheren Bundesbeamten, NZZ Nr. 189 vom 14. Juli 1948 Bl. 2; vgl. auch Fleiner/Giacometti 364; Ruck, StR 64.

freiheit³². Es erscheint schlechterdings undenkbar, daß die Verfassung dem Einzelnen die Freiheit gewährleisten sollte, seine Meinung durch das Mittel der Druckerpresse zu äußern, sie in Vereinsform kund zu tun oder sie mittels einer Petition zur Geltung zu bringen, ohne ihm auch das Recht zu geben, sich auf irgendwelche andere Weise, z. B. durch das geschriebene oder das gesprochene Wort, das Mitmarschieren an Umzügen oder sonstwie, zu äußern. Die gegen-
teilige Auffassung, daß die Bundesverfassung nur die ausdrücklich erwähnten Formen des Rechts auf freie Meinungsäußerung garantiere³³, dieses Recht selbst hingegen nicht, müßte beispielsweise zu dem gänzlich unhaltbaren Resultat führen, daß die Wiedergabe einer öffentlichen Ansprache in den Tageszeitungen unter dem Schutz der Preßfreiheit stände, während die Ansprache selbst des Schutzes der Verfassung nicht teilhaftig wäre.

Das Recht des Individuums auf umfassende Meinungsäußerungsfreiheit folgt aber nicht nur aus der verfassungsmäßigen Garantie einzelner Formen derselben, sondern auch aus dem Sinn der Freiheitsrechte als Bestandteile eines liberalen Wertsystems. Danach ist nämlich, wie dargelegt, jede Seite der menschlichen Freiheit, die überhaupt einmal rechtlich relevant werden könnte, als durch die Bundesverfassung garantiert anzusehen³⁴.

3. Die Bedeutung

a) Im allgemeinen

Wo Unfreiheit statt Freiheit herrscht, liegt alles *Geistige* darnieder. Der Geist selbst läßt sich zwar nicht zwingen. Er ist unsichtbar, unhörbar, unfaßbar. Erst sein Werk offenbart ihn, und dieses läßt er sich weder vorschreiben noch abnötigen. «Was er schafft, schafft er frei, aus sich heraus, unbestimmbar und unergründlich.

³² Nach Giacometti (StR d. Kte. 158; Fleiner/Giacometti 365) ist die Meinungsfreiheit als Minus in der Preßfreiheit mitenthalten. — Die *Praxis* (vgl. dazu Hans Nef, Preßfreiheit, schweiz. jur. Kartothek Nr. 321 I, 2) hat die Auffassung, wonach Art. 55 BV die Meinungsfreiheit in umfassender Weise garantiert, bisher allerdings nicht geteilt. Vgl. z. B. BGE 31 I 393; 51 I 306; 55 I 226. Giacometti leitet die Garantie des allgemeinen Rechts auf freie Meinungsäußerung in erster Linie aus dem Sinn des Freiheitsrechtskataloges der Bundesverfassung als eines liberalen Wertsystems ab (StR d. Kte. 169 ff.; Fleiner/Giacometti 365; vgl. auch vorn § 3, III, 2).

³³ Diese Auffassung vertritt z. B. auch André Grisel 7 f.

³⁴ Vgl. dazu vorn § 3, III, 2.

Was geistig ist, ist schöpferisch, und was schöpferisch sein soll, kann nicht erzwungen werden.»³⁵

Allein, um fruchtbar zu sein, um nicht bloß Idee, Gedanke zu bleiben, muß sich der Geist betätigen, sich äußern und mitteilen, Form und Gestalt annehmen³⁶, und hiezu bedarf er der Freiheit, vorab der Freiheit der Meinungsäußerung. Wer ihm diese vorenthält, unterdrückt ihn; wer ihm zu schweigen befiehlt, verurteilt ihn zum Tode, denn wo er sich nicht kund tun darf, muß er ersticken³⁷. Wer sein freies, schöpferisches Wirken nach bestimmten Gesichtspunkten beschränkt³⁸, verrät und verfälscht ihn, denn wo ein Zensor des Geistes Äußerungen überwacht, prüft und je nach ihrer Form, ihrem Umfang und Inhalt zuläßt oder untersagt, da sind sie nicht mehr des Geistes, sondern des Zensors Äußerungen. Wo staatlicher Zwang das Wirken des Geistes bestimmt und nicht er selbst, allein, nur seiner eigenen Stimme folgend, da gibt es keine Kunst, keine Philosophie, keine Wissenschaft — insbesondere keine Rechtswissenschaft — im wahren Sinne dieser Worte mehr³⁹. Ja, auch die Schönheit ist nicht mehr schön, die Wahrheit nicht mehr wahr, das Gute und Gerechte nicht mehr gut und gerecht, wenn sich der Geist nicht frei, sondern nur im vorgeschriebenen Sinne äußern und betätigen darf, denn diese Werte kann kein staatlicher Machtspruch, sondern einzig und allein das kritische Urteil des freien, unbeschwerten Geistes gültig bestimmen; und selbst wenn das Befohlene und staatlich Approbierte schön, wahr, gut und gerecht wäre, so vermöchte niemand es als das zu erkennen, weil er es nicht prüfen dürfte⁴⁰. Als Garant der geistigen Freiheit des Einzelnen bildet die Freiheit der Meinungsäußerung somit die Voraussetzung des Besten, Edelsten, was er zu schaffen vermag: des wahrhaft Geistigen, der Kultur.

³⁵ Vgl. Burckhardt, Staatliche Autorität und geistige Freiheit, insbes. S. 7.

³⁶ Vgl. Burckhardt a. a. O. 9 ff.

³⁷ Vgl. Burckhardt a. a. O. insbes. 11.

³⁸ Dem kollektivistischen Staat stehen hiezu zahlreiche Mittel zur Verfügung. Er braucht z. B. gar nicht erst die Pressefreiheit ausdrücklich aufzuheben, um die Opposition in ihrer Meinungsäußerung zu unterdrücken; es genügt, sie von der Papierzuteilung auszuschließen, um diesen Zweck zu erreichen.

³⁹ Vgl. dazu auch Werner Kägi, «Demokratie zwischen Individualismus und Kollektivismus» 65; Ruck, VerwR II 15; Emil Brunner, Glaube und Forschung 16.

⁴⁰ Vgl. Burckhardt, Staatliche Autorität und geistige Freiheit 10 und 21 f.

b) Im Hinblick auf die Demokratie

Die Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für die Demokratie beruht darauf, daß sie, wie kein zweites Freiheitsrecht, eine unbedingte *funktionelle Voraussetzung* für deren Wirksamwerden bildet. Ohne Freiheit der Meinungsäußerung gibt es keine freie öffentliche Diskussion, keine freie politische Aussprache und Aufklärung durch Presse, Vereine und Versammlungen, kurz keine öffentliche Meinung. Damit fehlt dem Stimmberechtigten aber die Möglichkeit, sich über die dem Volksentscheid unterbreiteten Vorlagen bzw. über die zur Wahl vorgeschlagenen Kandidaten gebührend zu informieren und sich eine eigene, persönliche Meinung zu bilden, wie es dem Wesen der echten Demokratie entspräche ⁴¹.

c) Schlußfolgerung aus der Bedeutung der Meinungsfreiheit

Die Freiheit der Meinungsäußerung ist, wie alle individuelle Freiheit, nur innert den Schranken der öffentlichen Interessen gewährleistet ⁴². Als Garantie des freien künstlerischen und geistigen Lebens im Staate und als funktionelle Grundlage der Demokratie verkörpert sie aber ihrerseits nicht nur private, sondern vitalste öffentliche Interessen. Sie darf deshalb nur insoweit beschränkt werden, als dies zugunsten öffentlicher Interessen erforderlich ist, die schutzwürdiger erscheinen als die in der Meinungsäußerungsfreiheit verkörperten ihrerseits ⁴³.

Bei der *Beurteilung der Schutzwürdigkeit der in Frage stehenden öffentlichen Interessen* aber muß in jedem Falle der im Vorstehenden dargelegten Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit Rechnung getragen werden, und zwar hat die Bewertung im Sinne des in Gestalt der Freiheitsrechte positiv-rechtlich verankerten liberalen Wertsystems zu erfolgen, das für alle staatlichen Organe verbindlicher Maßstab ist. Das gilt selbstverständlich auch hinsichtlich der *beamtenrechtlichen* Beschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit. Die Beamten dürfen demnach in ihrem Recht auf freie Meinungsäußerung nur insoweit beschränkt werden, als die in den Beamtenpflichten verkörperten Interessen nach liberaler Auffassung schutzwürdiger erscheinen als die Betätigung der Meinungsäußerungsfreiheit.

⁴¹ So insbes. Giacometti, StR d. Kte. 167.

⁴² Vgl. dazu vorn § 3, V.

⁴³ Ähnliche Formulierungen dieses hinsichtlich der Beschränkungen der individuellen Freiheit allgemeingültigen Grundsatzes z. B. bei Fleiner/Giacometti 331, 337.

II. Die grundsätzliche Gleichstellung der Beamten mit den Nichtbeamten hinsichtlich der Meinungsfreiheit

Es steht außer Zweifel, daß die *Beamten in der Schweiz grundsätzlich die gleiche Freiheit der Meinungsäußerung genießen wie die Nichtbeamten*⁴⁴. Sie ist eben ein verfassungsmäßig garantiertes Freiheitsrecht und steht als solches ohne weiteres auch den Beamten zu. Das ergibt sich aus der grundsätzlichen Gleichstellung der Beamten mit den Nichtbeamten hinsichtlich der individuellen und der politischen Freiheit überhaupt⁴⁵. Einer Sondernorm, welche den Beamten das Recht auf freie Meinungsäußerung ausdrücklich gewährleisten müßte, bedarf es nach schweizerischer Auffassung nicht⁴⁶;

⁴⁴ In diesem Sinne: 1. hinsichtlich der *Freiheit der Meinungsäußerung im allgemeinen*: Antwort des Bundesrates auf eine Kleine Anfrage von Nationalrat de Senarclens (Genf) betr. Zulässigkeit von Publikationen von Diplomaten und höhern Bundesbeamten, NZZ Nr. 189 vom 14. Juli 1948 Bl. 2, Spalte 1: Das Recht der freien Meinungsäußerung muß grundsätzlich «sowohl den Beamten des diplomatischen Dienstes der Eidgenossenschaft wie auch den Offizieren der Armee gleich wie allen andern Bürgern zuerkannt werden»; Robert Geilinger, Um die Meinungsfreiheit der Bundesbeamten, NZZ Nr. 1860 vom 24. September 1947 Bl. 7, Spalte 1; Hans Huber, Grundsätzliche Erwägungen zum «Fall Mutzner», NZZ Nr. 1863 vom 25. September 1947 Bl. 2; Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 12; Burekhardt, Bundesrecht II Nr. 721 I; a. a. O. Nr. 721 II und III sowie Bericht des aarg. Regierungsrates vom 3. April 1950 i. S. Dr. H. Ammann S. 24, 26 f., 31; 2. hinsichtlich der *Preßfreiheit*: Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner 11 f.; 3. hinsichtlich der *Vereinsfreiheit*: Fleiner, BStR 370; Inst. 167 und N 12 daselbst; Ernst Abderhalden 93; Konrad Hoerni 127 (betr. Versammlungsfreiheit der Beamten); unbefriedigend BGE 65 I 243, wo die Frage, ob sich die Beamten auf Art. 56 BV berufen können, oder ob sie mit ihrem Eintritt in den Staatsdienst auf die Garantie der Vereinsfreiheit *verzichtet* haben und infolgedessen nur durch das Willkürverbot geschützt sind, zwar aufgeworfen, aber nicht beantwortet wird; für das schweizerische und wohl auch für das damalige deutsche Recht unzutreffend Richard Ernst 10; 4. hinsichtlich der *Petitionsfreiheit*: Walter Gisiger 97 f.; Fleiner, BStR 322; Fleiner/Giacometti 388; Salis III Nr. 1286 (Petition einer Anzahl Beamter der Telegraphen- und Telephonverwaltung); Burekhardt, Bundesrecht II Nr. 757, BBI 1909 IV 34 ff. (Petition der Arbeiterverbände der eidg. Militärwerkstätten in Bern, Worblaufen, Thun, Altdorf und Chur an den BR bzw. die Bvers. betr. Herabsetzung der Arbeitszeit auf 9 Stunden, Lohnerhöhungen und bezahlte Ferien); BBI 1900 IV 867 (Eingabe schweizerischer Postbeamter betr. Vollzug des Besoldungsgesetzes); BBI 1898 III 845 (Eingabe der société de retraite et de prévoyance des gardes-frontières des corps Vaud-Valais betr. Portofreiheit).

⁴⁵ Vgl. dazu vorn § 4 I, insbes. 75 ff. und N 7—12.

⁴⁶ Vgl. dazu § 4 S. 76 ff. und N 7 und 9 daselbst.

umgekehrt müßte z. B. ein *Verbot aktiver politischer Parteibeteiligung* ⁴⁷ als krasse *Verfassungswidrigkeit* bezeichnet werden.

Ja, die *Meinungsäußerungsfreiheit der Beamten* ist, wenn nicht faktisch, so doch rechtlich, in gewisser Hinsicht sogar eine *umfassendere als die der Nichtbeamten*. Während sich nämlich der private Dienstpflichtige seinem Dienstherrn gegenüber grundsätzlich überhaupt nicht auf die Freiheit der Meinungsäußerung berufen kann, steht der Beamte seinem Arbeitgeber, dem Staat gegenüber in jedem Falle unter dem Schutze der verfassungsmäßigen Garantie dieser Freiheit. Das rührt davon her, daß das Recht auf freie Meinungsäußerung eben ein verfassungsmäßiges Freiheitsrecht darstellt, und als solches nur für die staatlichen Organe, nicht aber für die Privaten unter sich verbindlich ist.

Die Beamten haben in der Schweiz von ihrer Meinungsäußerungsfreiheit von jeher regen *Gebrauch* gemacht, vorab auch in *politischen* Angelegenheiten. So sind viele von ihnen aktive Mitglieder einer politischen Partei und nehmen an deren Veranstaltungen nicht bloß als Zuhörer, sondern häufig auch als Referenten teil. Ein eindruckliches Bild von der politischen Meinungsfreiheit des öffentlichen Personals vermitteln insbesondere auch die jeweils von den sozialistischen Parteien organisierten Umzüge anlässlich der Feiern am 1. Mai. In diesen Umzügen marschieren regelmäßig starke Kontingente uniformierter Post- und Eisenbahnbeamter mit, wobei sie ihren politischen Forderungen häufig auf mitgetragenen Transparenten noch besonderen Nachdruck verleihen ⁴⁸.

⁴⁷ Vgl. das in Italien kurz nach Errichtung des faschistischen Regimes (1922) erlassene Gesetz, das der Regierung die Kompetenz einräumte, Beamte jeglicher Rangstufe zu entlassen, «che, per ragione di manifestazioni compiute in ufficio o fuori di ufficio, ... si pongano in condizione di incompatibilità con le generali direttiva politiche del Governo». Disegno di legge «sulla dispensa dal servizio dei funzionari dello Stato», zit. bei Francesco Ruffini, *Diritti di libertà* S. 52 f.; ferner § 26 des Military Government Law No. 15 vom 18. Februar 1949 der Militärregierung in Deutschland für die «Verwaltungsangehörigen der Verwaltung des Vereinigten (anglo-amerikanischen) Wirtschaftsgebietes» in Deutschland, zit. in § 4 N 12 S. 78.

⁴⁸ Am 1. Mai 1949 verlangten beispielsweise in Zürich die im Umzug am stärksten vertretenen Post- und Eisenbahnbeamten auf ihren Transparenten «eine fortschrittliche Besoldungsrevision» (vgl. dazu NZZ Nr. 890 vom 2. Mai 1949 Bl. 5 S. 2).

III. Die beamtenrechtlichen Beschränkungen der Meinungsfreiheit: der allgemeine Grundsatz

Die *Meinungsfreiheit der Beamten*, ihr Recht, ohne Benachteiligung seitens des Staates durch das gesprochene oder geschriebene Wort, durch die Presse, durch Teilnahme an Versammlungen, durch Beitritt zu politischen Parteien, durch Unterzeichnung von Petitionen oder sonstwie «Äußerungen zu tun, die irgendwie einen geistigen Inhalt aufweisen oder eine Empfindung ausdrücken», ist — wie alle individuelle Freiheit — *keineswegs unbeschränkt*. Und zwar sind nicht nur die für die Nichtbeamten geltenden, allgemeinen Schranken der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit zu beachten⁴⁹, sondern es gelten für die *Beamten* darüber hinaus *besondere Schranken*, ganz gleichgültig, ob das betreffende Beamtengesetz sie ausdrücklich erwähnt oder nicht.

Diese *beamtenrechtlichen Beschränkungen* bestehen — ganz generell gesprochen — darin, daß den öffentlichen Bediensteten das Recht auf freie Meinungsäußerung nur unter dem *Vorbehalt der ihnen obliegenden, besonderen Pflichten* garantiert ist⁵⁰. Das heißt, der Staat darf seine Beamten zwar an der Verbreitung ihrer eigenen, persönlichen Meinungen so wenig wie andere hindern und ihre Äußerungen nur nach den für alle geltenden Regeln als Mißbrauch der Meinungsäußerungsfreiheit ahnden; für Verletzungen ihrer Amtspflichten hingegen darf er sie verantwortlich machen, auch wenn eine solche Amtspflichtverletzung gerade *durch* die Ausübung der Meinungsäußerungsfreiheit oder *bei* deren Ausübung begangen worden ist⁵¹.

Wenn die Zulässigkeit der Meinungsäußerung eines Beamten zu beurteilen ist, kann man sich daher immer nur fragen, ob der Beamte mit seiner Meinungsäußerung die durch die Eingehung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses begründeten Pflichten verletzt habe und dafür disziplinarisch verantwortlich sei⁵². Dabei fallen natur-

⁴⁹ Über die allgemeinen Schranken der Freiheitsrechte vgl. vorn § 3 V.

⁵⁰ Die treffendste positiv-rechtliche Umschreibung dieses allgemeinen Grundsatzes findet sich in Art. 72 Abs. 1 BtG Waadt, allerdings unter Beschränkung auf das Vereinsrecht: «Le droit d'association est garanti aux fonctionnaires sous réserve des obligations que la présente loi leur impose . . .»

⁵¹ In diesem Sinne der Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 11/12.

⁵² Die strafrechtliche und die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten wird wegen bloßer Meinungsäußerungen kaum je aktuell werden, es sei denn, es handle sich beispielsweise um Kreditschädigungen (Art. 160 StGB), um Ehrverletzungen (Art. 173 ff. StGB), oder um Verletzungen des Amtsheimnisses (Art. 320 StGB). Vgl. dazu auch André Grisel 19/20.

gemäß vor allem diejenigen Pflichten in Betracht, welche den Beamten mit Bezug auf ihr *außerdienstliches Verhalten* obliegen, denn die Verbreitung ihrer persönlichen Meinung gehört normalerweise nicht zu den dienstlichen Obliegenheiten ⁵³. Von entscheidender Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die allgemeine *Treuepflicht*, die sich aus der Organstellung des Beamten ohne weiteres ergibt, sowie einzelne spezielle Verhaltenspflichten, die zum Teil in der umfassenden Treuepflicht schon mitenthalten sind, ihrer Bedeutung wegen aber in den meisten Beamtengesetzen noch ausdrücklich erwähnt werden, so die Pflicht zur *Amtsverschwiegenheit* ⁵⁴, die Pflicht zu einem *achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten* innerhalb und außerhalb des Dienstes sowie die Pflicht zu einem *höflichen und taktvollen Benehmen* gegenüber Vorgesetzten, Untergebenen, Mitbeamten und Publikum.

Diese Pflichten hat der Beamte bei seinem gesamten Verhalten außer Dienst, mithin auch bei seinen außerdienstlichen Meinungsäußerungen zu beachten. Sie stellen demnach die beamtenrechtlichen Schranken der Meinungsäußerungsfreiheit dar, deren Wesen darin besteht, daß der Beamte, der sich bei seinen persönlichen Meinungsäußerungen über sie hinwegsetzt, disziplinarisch bestraft, im schlimmsten Falle also entlassen werden kann.

Die erwähnten Pflichten und die sich daraus ergebenden Beschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit der Beamten sind im folgenden näher zu betrachten.

§ 6. Die Treuepflicht

I. Allgemeines

Mit der Eingehung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses übernimmt der Beamte nicht nur die «Pflicht zur gewissenhaften Erfüllung seiner dienstlichen Obliegenheiten», sondern überdies eine «allgemeine, sich auch auf das außerdienstliche Verhalten er-

⁵³ In diesem Sinne auch der Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 13.

⁵⁴ Dazu gehören auch die Bestimmungen, wonach sich der Beamte «als Partei, Zeuge oder gerichtlicher Sachverständiger über Wahrnehmungen, die er kraft seines Amtes oder in Ausübung seines Dienstes gemacht hat und die sich auf seine dienstlichen Obliegenheiten beziehen, nur äußern darf, wenn ihn die zuständige Amtsstelle dazu ermächtigt hat.» Vgl. z. B. Art. 28 Abs. 1 BBtG; Art. 27 Abs. 1 BAO; § 19 BtG Luzern; Art. 28 BtG Waadt.

streckende Treuepflicht»¹. Sie bildet die generelle Rechtsgrundlage der Beschränkungen, die den Beamten in bezug auf freie Meinungsäußerung auferlegt sind².

Diese umfassende Pflicht zur Treue besteht auch dann, wenn das betreffende Beamtengesetz sie gar nicht ausdrücklich erwähnt³. Sie ergibt sich nämlich schon aus der Organstellung des Beamten⁴ und stellt daher einen unerläßlichen Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses dar.

Und zwar ist der Beamte nicht nur während der Dauer des Dienstverhältnisses zur Treue verpflichtet, sondern grundsätzlich auch noch nach dessen Beendigung⁵. Der Beamte im Ruhestand kann wegen einer Verletzung der Treuepflicht allerdings nicht wie der aktive Beamte disziplinarisch bestraft werden, denn mit der Beendigung des Dienstverhältnisses ist die Dienstpflicht und mit ihr die disziplinarische Verantwortlichkeit dahingefallen, aber es kann ihm sein Anspruch auf Ruhegehalt gekürzt oder, wenn der Fall schwer wiegt, sogar gänzlich entzogen werden⁶.

II. Der Begriff der Treuepflicht nach der schweizerischen Beamtengesetzgebung

Die Treuepflicht hat in den meisten schweizerischen Beamten-gesetzen eine gewisse Positivierung erfahren⁷, wobei sie allerdings

¹ So BGE 75 II 331; vgl. auch BGE 60 II 116; 54 II 122 ff.; 47 II 45.

² Vgl. hiezu auch N I zu § 7.

³ So insbes. Hermann Fisch, *Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht des Beamten*, Zentralblatt 50 (1949) S. 85; ImHof 293a ff.; *anderer Ansicht* André Grisel 57 f.: «Les fonctionnaires sont soumis à l'obligation de fidélité pour autant seulement que la prescrit une loi ou, à défaut de disposition légale, une coutume.»

⁴ So z. B. Fleiner/Giacometti 673.

⁵ An das Verhalten eines Beamten im Ruhestand darf allerdings nicht der gleiche Maßstab angelegt werden wie an dasjenige eines aktiven Beamten. «Sein Verhältnis zum Staat ist loser und seine Treuepflicht geht weniger weit.» So BGE 75 II 252.

⁶ Vgl. dazu NZZ Nr. 2353 vom 15. November 1949 Bl. 5; BGE 75 II 246 ff., bes. 251: «Die Auffassung, daß auch der pensionierte Beamte noch in einem Treueverhältnis zum Staate stehe, ... ist zweifellos richtig.» Siehe auch hinten § 9, II, 3, b, 6 S. 161.

⁷ Vgl. Art. 22 BBtG; Art. 22 Abs. 3 BAO; § 8 Abs. 1 BtG Zürich; Art. 10 BtG Bern; § 12 Abs. 1 BtG Luzern; § 8 BtG Uri; § 24 BtG Glarus; § 103 BtG Zug; Art. 9 I BtG Freiburg; §§ 18 und 24 Abs. 1 BtG Solothurn; § 15 Abs. 1 BtG Basel-Land; § 11 I BtG Appenzell A.-Rh.; Art. 6 BtG Appenzell I.-Rh.; Art. 15 BtG St. Gallen; Art. 14 BtG Graubünden; § 11 Abs. 2 BtG Aargau; § 8 Abs. 1 BtG Thurgau; Art. 22 Abs. 1 BtG Waadt; Art. 3 Abs. 1 BtG Wallis; Art. 18 I, insbes. 29 ff. BtG Neuenburg; Art. 6 Abs. 1 BtG Genf.

nur in zwei Fällen ausdrücklich so bezeichnet wird⁸. Art. 22 BBtG bestimmt z. B.: «Der Beamte hat seine dienstlichen Obliegenheiten treu und gewissenhaft zu erfüllen und dabei alles zu tun, was die Interessen des Bundes fördert und alles zu unterlassen, was sie beeinträchtigt.»⁹ Diese Formulierung, die in verschiedenen kantonalen Beamtenengesetzen fast wörtlich wiederkehrt, ist jedoch viel zu eng. Das liegt besonders am Wörtchen «dabei», das vermuten läßt, die Pflicht zur Wahrung der Interessen des Staates bestehe für den Beamten nur *bei der Erfüllung seiner dienstlichen Obliegenheiten*, d. h. also lediglich *innerhalb* des Dienstes. Das trifft nun aber gerade nicht zu; die Treuepflicht gilt vielmehr auch für das gesamte *außerdienstliche* Verhalten der Beamten¹⁰. Mit Recht ist deshalb das Wörtchen «dabei» im französischen und im italienischen Text von Art. 22 BBtG wie auch in Art. 22 Abs. 3 BAO und in verschiedenen kantonalen Gesetzesbestimmungen über die Treuepflicht weggelassen worden¹¹. Es beruht offenbar auf einer redaktionellen Ungenauigkeit; jedenfalls ist es überflüssig und gibt nur zu falschen Interpretationen Anlaß¹².

Die wohl *treffendste, positiv-rechtliche Umschreibung* der Treuepflicht findet sich im waadtländischen Beamtengesetz unter dem ausdrücklichen Marginale «devoir de fidélité». Sie lautet (Art. 22 Abs. 1) :

⁸ Ausdrücklich ist von der Treuepflicht nur in den Marginalien zu Art. 22 ff. BtG Waadt und zu Art. 29 ff. BtG Neuenburg die Rede.

⁹ Analog Art. 22 Abs. 3 BAO.

¹⁰ Das bestimmt Art. 4 Abs. 1 Satz I BtG Wallis ausdrücklich: «Die Beamten und Angestellten haben *auch außerhalb* ihres Dienstes die Interessen des Staates aufs beste zu wahren.» Vgl. auch die Botschaft des Bundesrates vom 18. Juli 1924 zum BBtG S. 97; Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 721 I, II und III; siehe ferner die in N 1 hievor erwähnten BGE.

¹¹ Art. 22 BBtG lautet im *französischen* Text: «Le fonctionnaire est tenu de remplir fidèlement et consciencieusement ses obligations de service, de faire tout ce qui est conforme aux intérêts de la Confédération et de s'abstenir de tout ce qui leur porte préjudice»; analog der *italienische* Text. Entsprechend dem französischen Text von Art. 22 BBtG ist das Wort «dabei» auch in Art. 22 Abs. 1 BtG Waadt und in Art. 6 Abs. 1 BtG Genf weggelassen. Es fehlt aber auch in Art. 22 Abs. 3 BAO und in § 12 Abs. 1 BtG Luzern, während es im regierungsrätlichen Entwurf dazu vom 20. November 1946 noch enthalten war.

¹² So gelangte z. B. ImHof 293a N 56 mangels Berücksichtigung des französischen und des italienischen Textes zu der sicher unzutreffenden Auffassung, diese Vorschrift gelte nur für das *dienstliche* Verhalten. Ähnlich das von André Grisel 104 angeführte Beispiel. Vgl. auch die Kritik an der Auslegung ImHofs bei André Grisel 58 f. — Daß die Formulierung «dabei» im deutschen Text von Art. 22 BBtG offenbar auf einer redaktionellen Ungenauigkeit beruht, geht auch daraus hervor, daß das «dabei» im entsprechenden Artikel (22 Abs. 3) der 20 Jahre nach dem BBtG erlassenen BAO fehlt.

«Les fonctionnaires doivent *en toutes circonstances* agir conformément aux intérêts de l'Etat de Vaud et s'abstenir de tout ce qui pourrait lui causer perte ou dommage.»

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die gesetzlichen Normen über die Treuepflicht notgedrungen sehr lapidar sind¹³. Sie vermögen daher nicht zu genügen, wenn es den Umfang der Meinungsfreiheit der Beamten, wie er sich aus dem Inhalt ihrer Treuepflicht ergibt, zu bestimmen gilt. Hiezu bedarf es einer Präzisierung des Begriffes der Treuepflicht im Sinne der schweizerischen Theorie und Praxis.

III. Der Begriff der Treuepflicht nach der schweizerischen Theorie und Praxis¹⁴

1. Die Rechtsnatur der Treuepflicht

«Treue ist eine *Gesinnung*, von der das persönliche Tun und Unterlassen geleitet und beherrscht wird.»¹⁵ Dementsprechend hat die Treuepflicht einen «vorzugsweise ethischen Charakter»¹⁶. Sie wird daher meist durch einen besonderen Amtseid oder ein entsprechendes Gelöbnis feierlich bekräftigt¹⁷, womit auch eine *moralische* Garantie für ihre Erfüllung erreicht werden soll. *Rechtlich* läßt sich ihr Inhalt nicht erschöpfend darstellen und ihre Erfüllung nur soweit erzwingen, als eine untreue Gesinnung irgendwie, so z. B. durch eine Meinungsäußerung, zum Ausdruck kommt¹⁸.

¹³ Notgedrungen lapidar sind die gesetzlichen Normen über die Treuepflicht deshalb, weil sich deren Inhalt eben rechtlich gar nicht erschöpfend darstellen läßt. Vgl. dazu Burckhardt, Methode 221; Laband, ReichsStR 104 f.; StR I 459.

¹⁴ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti 673 ff.; ImHof 293a ff.; Hans Müller 29 ff.; Hans Escher 113 ff.; Hermann Fisch, Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht des Beamten, Zentralblatt 50 (1949) S. 85 ff.; derselbe, Das Beamtenverhältnis in der thurgauischen Zentralverwaltung S. 77 f.; André Grisel 30 ff., 58 ff.; Walter Fischler 31 ff.; Max Kilchenmann 115 ff.; für das *deutsche* Recht: Laband, ReichsStR 104 f.; StR I 459; Ernst Radnitzky, Zur Lehre von der Treuepflicht im Dienstverhältnis, Archiv f. öff. R. 20, S. 120 ff.; Willi Schleweis S. 3 ff.; siehe auch BGE 75 II 331; 75 II 246 ff.; 65 I 245; 60 II 115; 54 II 122 f.; 47 II 45; Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 721 I, II und III.

¹⁵ So ImHof 295a; ähnlich Hermann Fisch, Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht des Beamten, Zentralblatt 50 (1949) S. 86.

¹⁶ Vgl. Laband, StR I 459 und ReichsStR 104; Hans Escher 113.

¹⁷ Über den Amtseid bzw. das Amtsgelöbnis vgl. Art. 7 lit. a BBtG und Dekret der Bundesversammlung vom 15. November 1848 betr. den von den obersten Bundesbehörden zu leistenden Amtseid (BS 1 S. 461); § 103 BtG Zug; § 18 BtG Solothurn; § 7 BtG Basel-Land; § 5 BtG Appenzell A.-Rh.; Art. 29 BtG Waadt.

¹⁸ So Laband, StR I 459 und ReichsStR 104; ähnlich Hans Escher 113.

Trotz ihrer ethischen Natur ist die Treuepflicht aber dennoch eine besondere, *selbständige Rechtspflicht*, wenschon ihr diese Qualität häufig mit der Begründung abgesprochen wird, sie erschöpfe sich in der Gehorsamspflicht¹⁹. Sie geht nämlich über diese letztere weit hinaus. «Sie umfaßt den ganzen Menschen und reicht damit spürbar in das Privatleben und in die Freizeit des Beamten hinein.»²⁰ Sie verlangt nicht nur bloße Ausführung von Befehlen, sondern ein aktives, selbsttätiges Verhalten; sie fordert Wahrung der Interessen des Staates nicht nur auf Geheiß, sondern auch aus eigenem Antrieb²¹, und zwar innerhalb und außerhalb des Dienstes. Für das schweizerische Recht steht die Rechtsnatur der Treuepflicht zudem allein schon in Anbetracht ihrer ausdrücklichen Erwähnung in der Mehrzahl der Beamtengesetze und angesichts ihrer Anerkennung durch die Praxis außer jedem Zweifel.

2. Der Gegenstand der Treuepflicht

Gegenstand der Treuepflicht ist das gesamte *Tun und Unterlassen* des Beamten. Sie fordert mehr als bloße Gesinnung: sie verlangt ein der treuen Gesinnung entsprechendes *Verhalten*. Der Beamte hat in *positiver* Hinsicht aus eigener Initiative den Interessen des Staates gemäß zu *handeln* und in *negativer* Beziehung alles zu *unterlassen*, was diese Interessen irgendwie zu beeinträchtigen oder doch zu gefährden vermöchte²². Dabei muß man sich jedoch vor *Übertreibungen* hüten. So kann insbesondere die Treuepflicht im Sinne der positiven Pflicht des Beamten zu einem bestimmten Tun nicht beliebig ausgedehnt werden, sondern sie wird im wesentlichen auf den Geschäftskreis seines Amtes beschränkt bleiben müssen²³. Dagegen erstreckt sich die Treuepflicht im negativen Sinne, d. h. als umfassende Unterlassungspflicht, auch auf das gesamte Privatleben des Beamten und verbietet ihm jedes außerdienstliche Verhalten, das mit den staatlichen Interessen in Widerspruch steht, mithin auch persönliche Meinungsäußerungen, die mit diesen Interessen nicht vereinbar sind.

¹⁹ Vgl. Walter Fischler 31; Max Kilcheumann 116. — Die Natur der Treuepflicht als einer selbständigen Rechtspflicht weist insbes. Ernst Radnitzky a. a. O. 120 ff. nach. — Eine selbständige Treuepflicht *negieren* z. B. G. Jellinek, System 198 N 1 und 202 N 3; Willi Schleweis 3 ff.; Richard Ernst 43 f. sowie die an diesen Orten zit. Lit.

²⁰ So Hermann Fisch, Zentralblatt 50 (1949) 86.

²¹ So insbes. ImHof 295a.

²² Vgl. insbes. die unter Ziffer II hievor wiedergegebene Bestimmung von Art. 22 Abs. 1 BtG Waadt und Art. 29 I BtG Neuenburg.

²³ Ähnlich ImHof 298a.

3. Der Inhalt der Treuepflicht

Der Inhalt der Treuepflicht läßt sich, wie schon bemerkt, *nicht erschöpfend darstellen*, weder positiv, noch negativ. Es ist völlig ausgeschlossen, alles aufzuzählen, was der Beamte kraft seiner umfassenden Organpflicht zur Wahrung der staatlichen Interessen zu tun, bzw. zu unterlassen hat.

Allgemeingültig kann nur gesagt werden, daß die Treuepflicht vom Beamten eine den bestehenden Staat und die obersten Prinzipien seiner Rechtsordnung und Organisation *bejahende Gesinnung* und ein dieser Gesinnung entsprechendes *Verhalten* verlangt.

Treffend führt das *Bundesgericht* in seinem grundlegenden Entscheid hiezu aus: «Der Beamte muß, wenn auch nicht zu allen Einrichtungen und Zuständen, so doch zur *Grundlage des Staates*, zu seiner *Idee*, zu dem den Mitbürgern gemeinsamen politischen *Gedankengut* eine *positive Einstellung* haben; wer diese Einstellung nicht hat, der ist noch kein Revolutionär im Sinne eines gewaltsamen Umsturzes, aber er gehört nicht in den Beamtenstab. Wer den Staat in seiner bestehenden Form überhaupt verwirft und sogar haßt und verhöhnt, ist nicht in der Lage, geistig und physisch diesem Staat zu dienen, wie es von einem Beamten verlangt werden muß ²⁴.»

Die *Grundlage des Staates* bilden nach schweizerischer Auffassung in erster Linie das *demokratische* und das *liberale Prinzip*. Sie stellen die beiden obersten verfassungsrechtlichen Grundsätze dar, durch deren Verwirklichung sich der Staat formell und materiell zu legitimieren hat ²⁵. Sie sind in Gestalt der *politischen* bzw. der *Freiheitsrechte* verfassungsrechtlich normiert und erscheinen in dieser positivrechtlichen Gestalt ihrer immensen Bedeutung und ihres unvergänglichen Gerechtigkeitsgehaltes wegen als absolut notwendige und rechtlich unabänderbare, ewige Normen ²⁶.

Vom schweizerischen Beamten muß demnach neben einer staatsbejahenden Gesinnung im allgemeinen außerdem eine vorbehaltlos *positive Einstellung zum demokratischen und zum liberalen Prinzip* verlangt werden. Der Anhänger eines autoritären und totalitären Regimes ist als Beamter ebenso untragbar wie der Bekenner des Anarchismus ²⁷.

²⁴ BGE 65 I 245; ausdrücklich bestätigt in BGE 75 II 331.

²⁵ Vgl. dazu vorn § 3, IV, 1, b.

²⁶ Vgl. dazu vorn § 3, IV, 2, c und d.

²⁷ Vgl. hiezu Hans Escher 116: «Ein Bekenner des Anarchismus ist als Staatsbeamter unmöglich.»

Jede auf Einführung der Anarchie oder auf Errichtung eines autoritären oder totalitären Regimes gerichtete politische Tätigkeit hat m. E. als rechtswidrig, als revolutionär zu gelten, denn ihre Ziele ließen sich nur durch einen revolutionären Umsturz verwirklichen, da sowohl die Existenz des Staates als auch das demokratische und das liberale Prinzip, um deren Beseitigung es dabei offensichtlich ginge, anerkanntermaßen materielle Schranken der Verfassungsrevision bilden, sodaß der einzige rechtmäßige Weg zur Änderung der bestehenden Verfassung, die legale Revision, zum vornherein außer Betracht fiele²⁸. Wenn auch eine anarchistische, eine autoritäre oder totalitäre Einstellung an sich nach schweizerischem Recht nicht strafbar ist, so gehört doch derjenige, welcher sich zu einer solchen Gesinnung bekennt, auf keinen Fall in den Beamtenstab.

Was insbesondere die *Einstellung zur demokratischen Staatsform* anbetrifft, erklärt das Bundesgericht ausdrücklich, der Staat dürfe von seinen Beamten verlangen, daß sie diese Staatsform nicht in gehässiger Weise verhöhnen und daß sie dieser Staatsform nicht geistig derart entfremdet seien, daß sie eine ganz andere Staatsform propagieren²⁹.

Das gilt analog für die *Einstellung des Beamten zum liberalen Prinzip*, d. h. der Beamte muß nicht nur zur demokratischen Staatsform, sondern auch zu dem in Gestalt der Freiheitsrechte normierten, liberalen Wertsystem, der ratio des von der Verfassung konstituierten Staatslebens, eine unbedingt positive Einstellung haben. Das liberale Prinzip ist eben eine dem demokratischen Prinzip durchaus gleichwertige Konsequenz der den beiden Prinzipien zugrunde liegenden individualistischen Weltanschauung; ja, dem ersten kommt sogar insofern der Primat zu, als die Freiheitsrechte die ideelle und funktionelle Grundlage der Demokratie bilden³⁰. *Der antiliberal Gesinnte gehört deshalb ebensowenig in den Beamtenstab wie der antidemokratisch Eingestellte*³¹. Das muß hier mit allem Nachdruck betont werden.

²⁸ Vgl. hiezu vorn § 3, IV, 2, d.

²⁹ BGE 65 I 245; ausdrücklich bestätigt in BGE 75 II 331; vgl. auch Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 721 I, bes. III; H. Widmer, Behörden, Beamte und Volk, aarg. Beamtenblatt 37 (1940) S. 59.

³⁰ Vgl. dazu vorn § 3, IV, 1, b, und § 3, IV, 2, d.

³¹ Diese Ansicht kommt indirekt auch in BGE 65 I 246 zum Ausdruck, wo das Bundesgericht ein kantonales, beamtenrechtliches Verbot der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Vereinigung deshalb geschützt hat, weil die betreffende Vereinigung der demokratischen Staatsform feindlich war und die *Freiheitsrechte* ablehnte.

Der *Inhalt der Treuepflicht* läßt sich somit dahin umschreiben, daß vom Beamten eine *positive Einstellung zum schweizerischen Staatswesen und zu der ihm zugrunde liegenden liberal-demokratischen Idee* verlangt werden muß; wer diese Einstellung nicht hat, ist in der Schweiz als Beamter nicht tragbar und muß schonungslos entlassen werden, wenn er seine Gesinnung nicht aufrichtig ändert³². Das ist alles, was sich allgemeingültig sagen läßt; im übrigen muß auf die (in § 9 wiedergegebene) *Kasuistik* verwiesen werden.

Zum Inhalt der allgemeinen Treuepflicht werden vielfach auch einzelne *spezielle Verhaltenspflichten* gerechnet, so vorab die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit, ferner etwa die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten innerhalb und außerhalb des Dienstes sowie die Pflicht zu einem höflichen und taktvollen Benehmen gegenüber Vorgesetzten, Untergebenen, Mitbeamten und Publikum, vereinzelt auch das Streikverbot im Sinne einer Unterlassungspflicht³³. Eine derartige Subsumtion ist natürlich an sich zulässig, denn die Treuepflicht erscheint eben als umfassende Organpflicht. Da die genannten Einzelpflichten in der schweizerischen Beamten-gesetzgebung jedoch meist ausdrücklich Erwähnung finden, werden sie mit den sich daraus ergebenden Beschränkungen der Meinungs-äußerungsfreiheit im folgenden gesondert betrachtet.

4. Der Umfang der Treuepflicht

Nach den ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen über die Treuepflicht ist der Beamte zur *Wahrung der staatlichen Interessen* innerhalb und außerhalb des Dienstes verpflichtet. Dabei haben als Interessen des Staates nach demokratischer Auffassung die *Interessen der Mehrheit des Volkes* zu gelten³⁴. Welches im einzelnen diese Interessen sind, darüber haben in der Demokratie in erster Linie der Verfassungs- und der einfache Gesetzgeber zu entscheiden, also vorab das Volk selbst, bzw. die Volksvertretung, das Parlament. Erst in zweiter Linie sind auch die rechtsanwendenden Behörden, also

³² Vgl. BGE 75 II 331; 65 I 245 f.; Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 721 I, II und III; Hans Escher 116 und insbes. Hermann Fisch, Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht des Beamten, Zentralblatt 50 (1949) 85 f.

³³ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti 673 f.; Imhof 296a; Hermann Fisch a. a. O. 88; zum Streikverbot als Inhalt der Treuepflicht vgl. Art. 29 I BtG Neuenburg. Verschiedentlich wird auch das Verbot der Annahme von Geschenken und Orden aus der Treuepflicht abgeleitet (vgl. z. B. Fleiner/Giacometti 674; Art. 22 und 23 BtG Waadt). Diese Verbote sind jedoch für die Frage der Meinungs-äußerungsfreiheit der Beamten ohne Bedeutung, weshalb nicht näher darauf eingetreten wird.

³⁴ So ausdrücklich André Grisel 31.

namentlich die Regierung, bzw. diejenige Instanz, welcher sie ihre Entscheidungsbefugnis delegiert, dazu berufen, die staatlichen Interessen inhaltlich näher zu bestimmen. Dabei dürfen sie ihr Ermessen aber nur im Rahmen der Verfassungen und der Gesetze und in Übereinstimmung mit dem Sinn und Geist dieser obersten Rechtsquellen des demokratischen Staates walten lassen ³⁵.

Der Beamte des demokratischen Staates ist demnach in erster Linie zur *Verfassungs- und Gesetzestreue* verpflichtet, d. h. er hat sich bei all seinem Tun und Lassen vorab vom *Willen des Volkes*, so wie er in den Verfassungen und Gesetzen feste Gestalt angenommen hat, leiten zu lassen ³⁶. Ganz besonders hat er die Verfassung zu beachten, denn sie bildet die «Grundlage des politischen Lebens des Volkes» und stellt als solche den «juristischen Ausdruck der herrschenden politischen Anschauungen» dar ³⁷.

Treue gebührt sodann aber auch den *Entscheidungen der Vorgesetzten*, namentlich denjenigen der *Regierung*, denn insoweit die Vorgesetzten befugt sind, ihr Ermessen walten zu lassen, bestimmen eben sie die staatlichen Interessen, die der Beamte zu wahren hat ³⁸.

Man muß sich aber auch hier vor *Überspannungen der Treuepflicht* hüten. Behördliche Entscheidungen über die staatlichen Interessen können vernünftigerweise nur für diejenigen Beamten verbindlich sein, die sich mit den so bestimmten Interessen *dienstlich* irgendwie zu befassen haben. Diese Beamten müssen dann allerdings die nach Auffassung ihrer Vorgesetzten zu wahrenden Interessen auch außer Dienst beachten. Treten sie als Private den Entscheidungen ihrer Vorgesetzten öffentlich entgegen, so kann ihnen eine dadurch entstehende Vertrauensminderung zum Vorwurf gemacht werden. Der Beamte soll daher eine behördliche Entscheidung, auch

³⁵ Das folgt insbes. aus dem Prinzip der materiellen Verfassungsmäßigkeit und dem sonstigen Legalitätsprinzip, das sich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem Rechtsgleichheitsprinzip ergibt. Vgl. dazu insbes. Fleiner/Giacometti 33.

³⁶ Die Pflicht zur Wahrung der Verfassung und der Gesetze stellt einen selbstverständlichen Bestandteil der allgemeinen Amtspflichten dar, ja sie hat als die *oberste* Amtspflicht zu gelten. Nicht umsonst müssen die Behörden und Beamten bei Ablegung des Amtseides bzw. des Amtsgelübdes vor allem feierlich versprechen, die Verfassung und die Gesetze einhalten zu wollen. Vgl. dazu die in N 17 zit. Bestimmungen über den Amtseid, sowie Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 13, StR d. Kte. 58.

³⁷ Vgl. dazu insbes. Giacometti, StR d. Kte. 66.

³⁸ Über die m. E. unhaltbaren Schlußfolgerungen, die André Grisel (S. 30 ff. und insbes. S. 59) aus dieser Kompetenz der Behörden, namentlich der Regierung, ableitet, vgl. nachstehend Ziff. 6 über die Grenzen der Treuepflicht.

wenn er bei deren Zustandekommen selber nicht mitgewirkt hat, dann nicht öffentlich kritisieren, wenn sie sein eigenes *Ressort* betrifft und die Kritik überdies das Vertrauen der Vorgesetzten beeinträchtigen oder die gedeihliche Zusammenarbeit mit ihnen und mit den Mitarbeitern stören könnte ³⁹.

Bezieht sich die behördliche Entscheidung dagegen auf einen Gegenstand, mit dem sich der Beamte dienstlich *nicht* zu befassen hat, so ist er in seiner Kritik grundsätzlich völlig frei. *Wegen Äußerungen über Gegenstände, die außerhalb seines Amtsbereiches liegen, kann seine Vertrauenswürdigkeit keine Einbuße erleiden*, sofern nur seine Kritik im Rahmen der Sachlichkeit und des Anstandes bleibt ⁴⁰.

In einer besonderen Lage befinden sich die *höher gestellten Beamten*, namentlich diejenigen unter ihnen, die zu *Beratern* ihrer Vorgesetzten bestellt sind und als solche bei den behördlichen Entscheidungen über die staatlichen Interessen mitzuwirken haben. Grundsätzlich darf zwar auch ein höherer Beamter seine persönliche Meinung über die auf einem bestimmten Gebiete einzuschlagende Politik unbedenklich äußern, «solange sich seine vorgesetzte Behörde nicht auf einen bestimmten Weg festgelegt hat». «Solche sachkundige Äußerungen sind vielmehr zur allseitigen Abklärung der Probleme geradezu erwünscht ⁴¹». Hat sich die Regierung aber ein-

³⁹ In diesem Sinne der Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 14/15; Hans Huber, Grundsätzliche Erwägungen zum «Fall Mutzner», NZZ Nr. 1863 vom 25. September 1947, Bl. 2, Spalte 2; ähnlich ImHof 299a. — Die aufgestellte *Regel* darf aber keineswegs *kleinlich* angewendet werden. Die Autorität des Vorgesetzten, der aus jeder Kritik an seiner Meinung eine Majestätsbeleidigung macht, steht auf schwachen Füßen. Der wahren Autorität ist die sachliche Auseinandersetzung förderlicher als die Unterbindung der Kritik. — Zur Veranschaulichung sei die von Hans Huber (a. a. O.) angeführte Tatsache erwähnt, daß es *beim Bundesgericht* wiederholt vorgekommen sei, daß ein *Gerichtsschreiber* bei der *Publikation eines Urteils* in einer Fachschrift die eine oder andere *kritische Bemerkung* eingeflochten habe; darin habe aber kein Richter je einen Verstoß gegen die Treupflicht erblickt, sondern viel eher einen willkommenen Diskussionsbeitrag.

⁴⁰ So der Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 15; Robert Geilinger, Um die Meinungsfreiheit der Bundesbeamten, NZZ Nr. 1860 vom 24. September 1947, Bl. 7, Spalte 1; ähnlich ImHof 299a; vgl. insbes. auch Hans Huber, a. a. O. Spalte 2.

⁴¹ Vgl. Robert Geilinger, a. a. O. Spalte 2; ähnlich Hans Huber, a. a. O. Spalte 2. — Geilinger führt zur Veranschaulichung folgendes Beispiel an: «Solange die Ausgestaltung der AHV (Alters- und Hinterlassenenversicherung) noch in aller Öffentlichkeit diskutiert wurde, konnten auch die leitenden Beamten des Bundesamtes für Sozialversicherung mit ihrer persönlichen Auffassung an der Diskussion teilnehmen. Nach der Ausarbeitung des bundesrätlichen Gesetzesentwurfes war dies aber nicht mehr angängig.»

mal für ein bestimmtes Vorgehen entschlossen, so haben sich die leitenden Beamten, die bei der Ausarbeitung eines Beschlusses oder Gesetzesentwurfes maßgebend mitgewirkt haben, bei der Kritik der ihren persönlichen Ansichten zuwiderlaufenden Entscheidungen ihrer Vorgesetzten eine *besondere Zurückhaltung* aufzuerlegen⁴²; andernfalls riskieren sie, das Vertrauen zu verlieren, dessen sie als Berater der Behörden unbedingt bedürfen, und es müssen dann schon *besondere Umstände* vorliegen, wenn ihnen das nicht soll zum Vorwurf gemacht werden können. Als derartiger entlastender Umstand muß insbesondere gelten, wenn der betreffende Beamte seine Kritik mit *Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit* der behördlichen Entscheidung begründet oder wenn er auf Grund *persönlicher, umfassender Sachkenntnis* überzeugt ist, daß bei einer Entscheidung wichtige Gesichtspunkte, die hätten berücksichtigt werden müssen, verkannt worden sind. In solchen Fällen ist eben das Interesse der Allgemeinheit am Nichtzustandekommen einer rechtswidrigen Entscheidung bzw. an der restlosen Abklärung des Sachverhaltes höher zu werten als die allfällige Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen der vorgesetzten Behörde und dem Beamten⁴³.

5. Der aus der Treuepflicht «Berechtigte»⁴⁴

Die Beamten sind nach schweizerischer Auffassung *nicht ihren Vorgesetzten persönlich* zur Treue verpflichtet, sondern dem *Staat*, d. h. dem Bund, dem Kanton, aber auch der Gemeinde, allen voran dem anstellenden Gemeinwesen⁴⁵. Das schließt umgekehrt nicht aus, daß sich auch im Verhalten des Beamten seinen Vorgesetzten (und Untergebenen) gegenüber Untreue äußern kann.

⁴² Vgl. dazu den Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner 15 f.; Robert Geilinger, a. a. O. Spalte 2, geht m. E. zu weit, wenn er verlangt, daß sich ein Beamter unter solchen Umständen schlechthin *jeder* weiteren Kritik in der Öffentlichkeit *enthalte*; ebenso ImHof 299a: «Bedienstete . . ., die zu Beratern ihrer Vorgesetzten bestellt sind, dürfen deren Entschlüssen über die zur Diskussion stehenden Fragen nicht bekämpfen, auch wenn ihr Rat in einer Sache nicht nachgesucht oder nicht befolgt worden wäre.»

⁴³ Vgl. hiezu die überzeugenden Darlegungen im Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 15/16; ähnlich Hans Huber a. a. O. Spalte 2 und 3.

⁴⁴ Von einem Berechtigten im eigentlichen Sinne kann man allerdings nicht sprechen, da es wegen der öffentlich-rechtlichen Natur der Treuepflicht an einer subjektiven Berechtigung ähnlich derjenigen des privaten Dienstherrn fehlt.

⁴⁵ So insbes. ImHof 296a; Hermann Fisch a. a. O. 86, Das Beamtenverhältnis in der thurg. Zentralverwaltung 78; ähnlich der Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 14.

Die Pflicht zur Treue bedeutet für den Beamten in erster Linie *Staatstreue*, und zwar gebührt die Treue im demokratischen Staat vorab dem «Volksganzen als Souverän», nicht einem «Führer oder Diktator», und sie bezieht sich, wie im Vorstehenden dargelegt, auf die Verfassung und die auf ihr beruhende Rechtsordnung, in denen der Mehrheitswille des Volkes in verbindlicher Weise Gestalt angenommen hat, und keineswegs auf die Ideologie und das Programm einer den Staat beherrschenden Partei ⁴⁶. «Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei.» ⁴⁷

6. Die Grenzen der Treuepflicht ⁴⁸

Praktisch viel wichtiger als der gegebene allgemeine Überblick über die Treuepflicht des Beamten ist die Betrachtung der Grenzen, die ihr im liberal-demokratischen Rechtsstaat, insbesondere in ihrem Verhältnis zum Recht auf freie Meinungsäußerung, gesetzt sind. Diese Betrachtung drängt sich als eine gewisse Korrektur des Gesagten schon deshalb auf, weil sonst die Gefahr eines Zerrbildes besteht. *Es muß nämlich vor jeder undemokratischen und illiberalen Überspannung der Treuepflicht eindringlich gewarnt werden* ⁴⁹. Das gilt namentlich auch mit Rücksicht auf die Meinungsfreiheit der Beamten und die immense Bedeutung dieses Rechtes für die Beamten selbst und für die Demokratie ⁵⁰.

Zunächst muß hier zu einer von *André Grisel* vertretenen Auffassung kritisch Stellung genommen werden. Er schreibt nämlich: «Ce sont donc les conceptions de l'autorité administrative supérieure qui déterminent les intérêts de la Confédération, dont les fonction-

⁴⁶ Vgl. dazu insbes. Hermann Fisch, Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht des Beamten, Zentralblatt 50 (1949) S. 86/87. — Ganz anders verhält es sich im Diktaturstaat; vgl. z. B. das in § 5 N 47 zit. italienische Gesetz von 1925.

⁴⁷ So ausdrücklich Art. 130 Abs. 1 der Weimarer RV vom 11. August 1919. Diese Bestimmung, die André Grisel (S. 31 N 5) ganz zu Unrecht als «conception purement idéologique» und «sans fondement réel» kritisiert, gilt, wenn auch ungeschrieben, selbstverständlich auch für das schweiz. Recht.

⁴⁸ Vgl. dazu vorn § 3, V, insbes. Ziff. 4; ferner Hermann Fisch, Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht des Beamten, Zentralblatt 50 (1949) S. 89 ff.

⁴⁹ Vor Überspannung der Treuepflicht, die zumeist auf einer unkritischen Übernahme von Grundsätzen des früheren deutschen Staats- und Verwaltungsrechts beruht, warnt eindringlich Hans Müller 29 f.; ähnlich Hans Huber, Grundsätzliche Erwägungen zum «Fall Mutzner», NZZ Nr. 1863 vom 25. September 1947, Bl. 2, Spalte 1: «Jede Übertreibung der Treuepflicht» macht aus den Beamten «eine Kaste von Subalternen, unter denen der Bürgersinn absterbt.»

⁵⁰ Vgl. dazu vorn § 4, III und § 5, I, 3.

naires doivent être les serviteurs pendant et après leur service. Il en résulte que *la conduite tout entière des fonctionnaires dépend du bon plaisir du Conseil fédéral ou de l'autorité à laquelle il délègue ses pouvoirs*. En étudiant les dispositions particulières de la loi, nous observons qu'aucune exception ne tempère l'article 22⁵¹ dont la sévérité draconienne *annihile*, théoriquement tout au moins, *la liberté d'opinion des fonctionnaires*. Si notre démocratie libérale était remplacée par un régime autoritaire, l'article 22 serait une des rares dispositions politiques capables de survivre aux institutions défunctes. *Le conseil fédéral ne peut non seulement interdire aux fonctionnaires toute expression d'opinion, mais encore les transformer en instruments de propagande*. Il lui est notamment loisible de les obliger à défendre publiquement un projet de loi approuvé par les Chambres fédérales et soumis au vote du peuple.»⁵²

Das kann m. E. nicht der Sinn des Art. 22 BBtG sein. Eine derartige Interpretation stünde in krassem Gegensatz zu den in dieser Arbeit dargelegten, anerkannten Grundsätzen des liberal-demokratischen Rechtsstaates⁵³; sie widerspricht zudem der herrschenden Meinung der Literatur und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wie im folgenden gezeigt werden soll⁵⁴.

Es darf niemals die Meinung aufkommen, «daß etwa der Duckmäuser und Leisetreter das Idealbild des Beamten darstelle»⁵⁵. Die Treuepflicht verlangt keineswegs «ein Verhalten gegenüber den Vorgesetzten, das den Beamten zu unbedingter Unterwürfigkeit zwänge»⁵⁶. Eine solche Überspannung der Treuepflicht müßte aus dem Beamtenstand eine «Kaste von Subalternen» machen, unter denen jeder Bürgersinn absterben würde⁵⁷. Dabei sind gerade der

⁵¹ Einer solchen «Mäßigung» der Vorschrift von Art. 22 BBtG zugunsten des Rechts auf freie Meinungsäußerung bedarf es aber gar nicht. Es entspricht nämlich einem der elementarsten Grundsätze des liberal-demokratischen Rechtsstaates, daß jede Gesetzesbestimmung, zumal wenn sie so weit gefaßt ist wie Art. 22 BBtG, in freiheitlichem Sinne *auszulegen* ist. Die schweiz. Rechtsordnung beruht eben auf einer *liberalen* Verfassung und muß deshalb auch in allen ihren Teilen ein freiheitliches Gepräge aufweisen (vgl. dazu vorn § 3, IV, 1, b).

⁵² Vgl. André Grisel 30 ff., bes. 59. — Unterstreichungen alle vom Verfasser.

⁵³ Vgl. dazu vorn § 3, IV und V sowie § 4, insbes. I.

⁵⁴ Vgl. insbes. auch die in N 44 zu § 5 zit. Lit. und Praxis.

⁵⁵ Vgl. Hermann Fisch, Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht des Beamten, Zentralblatt 50 (1949) S. 89.

⁵⁶ So der Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 14.

⁵⁷ Vgl. Hans Huber, Grundsätzliche Erwägungen zum «Fall Mutzner», NZZ Nr. 1863 vom 25. September 1947, Bl. 2, Spalte 1.

Bürgersinn, die Freude am Staat, das Lebenselement der Demokratie, ohne welches sie nicht bestehen kann.

Der Beamte braucht mit den Ansichten der Regierung durchaus nicht zu harmonieren ⁵⁸. Die Politik seiner Vorgesetzten ist für ihn — von den im Vorstehenden dargelegten Sonderfällen abgesehen ⁵⁹ — grundsätzlich nicht verbindlich; *politische Opposition rechtfertigt den Vorwurf der Untreue nicht* ⁶⁰. Eine Maßregelung wegen politischer Ansichten als solcher wäre mit unsern staatsrechtlichen Grundsätzen nicht vereinbar ⁶¹.

Überaus treffend führt das *Bundesgericht* in seinem grundlegenden Entscheid hiezu aus: «Es darf von den Beamten nicht unbedingte politische Zuverlässigkeit in dem Sinne verlangt werden, daß durch sie nur die politischen Ansichten derjenigen Parteien vertreten werden dürfen, welche in Parlament und Regierung die Mehrheit haben. Der Schweiz ist jenes politische System unbekannt, bei dem auch die Beamtenstellen mit Angehörigen der regierenden Partei oder Parteien besetzt werden und mit dem Regierungswechsel auch ein Beamtenwechsel stattfindet ⁶². Insbesondere darf von den Beamten nicht verlangt werden, daß sie Kritik überhaupt unterlassen oder nur in beschränktem Maße ausüben; sogar wegen Zugehörigkeit zu

⁵⁸ So Hans Escher 116.

⁵⁹ Vgl. vorn § 6, III, 4.

⁶⁰ Vgl. insbes. ImHof 299a; ferner Robert Geilinger, Um die Meinungsfreiheit der Bundesbeamten, NZZ Nr. 1860 vom 24. September 1947, Bl. 7 Spalte 1. — Ganz anders verhält es sich im Diktaturstaat; vgl. dazu § 5 N 47.

⁶¹ Vgl. insbes. Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 721 II und den dort wiedergegebenen Entscheid des Bundesrates vom 23. Dezember 1919 i. S. Emil Küng.

⁶² Dieses System war noch bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts allgemein anerkannt und wurde vor allem auch in Amerika rigoros angewendet (sog. «spoil system»). So wurden z. B. unter der Präsidentschaft Jacksons allein während seines ersten Amtsjahres 1830 Beamte entlassen. Es herrschte damals eben die Auffassung, das Amt sei eine Belohnung für die der Partei geleisteten Dienste. — Auch in der Schweiz wurde das Recht zur Entlassung der Beamten noch im letzten Jahrhundert oft als politische Waffe betrachtet, die völlig zur Verfügung der machthabenden Partei stehe. So kam es beispielsweise im Kt. Waadt nach der Revolution von 1845 unter der Herrschaft des radikalen Regimes zu massiven Entlassungen, denen namentlich auch die Professoren der Lausanner Universität, bis auf einen, zum Opfer fielen, weil sie auf die frühere, liberale Regierung einen maßgebenden Einfluß ausgeübt hatten. Zu ähnlichen Entlassungen kam es 1877 auch im Kt. Tessin. — Vgl. hiezu die überaus interessanten Ausführungen mit zahlreichen Beispielen bei Max Kilchenmann, § 1: «Evolution de la conception politique et juridique du droit de révocation», S. 17—39, sowie BGE 4 S. 327.

Parteien, die in einer an sich heftigen Opposition stehen, darf keine Unvereinbarkeitsbestimmung aufgestellt werden ⁶³».

Das ist die *herrschende Ansicht der schweizerischen Theorie und Praxis*. Indem sie dem Postulat einer möglichst weitgehenden Anerkennung der Meinungsfreiheit der Beamten gleichermaßen gerecht wird wie der Forderung unbedingter Treue zum Staat und zur liberaldemokratischen Idee, auf der er beruht, stellt sie m. E. die einzig richtige Lösung des Konfliktes zwischen Meinungsfreiheit und Treuepflicht dar.

§ 7. Spezielle Verhaltenspflichten

I. Die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten in und außer Dienst

1. Allgemeines

Zu den speziellen Verhaltenspflichten, die dem Beamten auch außer Dienst, im Privatleben, mithin also auch bei Ausübung seiner Meinungsfreiheit obliegen, gehört vorab die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten.

Der Charakter einer selbständigen Pflicht kommt ihr neben der umfassenden Treuepflicht allerdings nicht zu, denn sie ist ohne Zweifel in dieser schon enthalten. Zu den Interessen, die der Beamte kraft seiner Treuepflicht zu wahren hat, gehört eben insbesondere auch, daß er sich durch sein gesamtes Verhalten der Achtung und des Vertrauens würdig erweise, die seine amtliche Stellung erfordert. Mit Recht wird diese spezielle Verhaltenspflicht deshalb in der Gesetzgebung wie in der Theorie und der Praxis meist mit der Treuepflicht zusammen erwähnt und — wenn auch nicht immer ausdrücklich — kurzerhand zu dieser umfassenden Beamtenpflicht gerechnet ¹.

Wenn sie hier trotzdem gesondert betrachtet wird, so nur deshalb, weil sie immerhin eine *besondere, in vielen Beamtenengesetzen aus-*

⁶³ Vgl. BGE 65 I 245; ausdrücklich bestätigt in BGE 75 II 331; siehe ferner auch Hans Müller 30.

¹ Vgl. z. B. Art. 22 Abs. 2 BtG Waadt unter dem ausdrücklichen Marginale «devoir de fidélité, en général»; Hermann Fisch, Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht, Zentralblatt 50 S. 88; ImHof 292a, 299a f.; Max Kilchenmann 115 ff.; Hans Müller 29 f.; BGE 75 II 331; m. E. unzutreffend Hugo Spielmann 80 ff., der, statt der Treuepflicht, die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten als Inbegriff aller außeramtlichen Pflichten auffaßt.

drücklich positivierte Seite der Treuepflicht darstellt. Dabei muß aber zur Vermeidung von Wiederholungen weitgehend auf das (in § 6 hievor) über die Treuepflicht Ausgeführte verwiesen werden.

2. Die positiv-rechtlichen Umschreibungen

Wie die Treuepflicht, so hat auch die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten in verschiedenen Beamtenengesetzen eine gewisse Positivierung erfahren². Als eine der wichtigsten und unentbehrlichen Grundlagen des Beamtenverhältnisses gilt sie aber auch dann, wenn es an einer dahingehenden ausdrücklichen Vorschrift fehlt³.

Die häufigste und meist wörtlich wiederkehrende Umschreibung ist diejenige von Art. 24 Abs. 1 BBtG. Sie lautet: «Der Beamte hat sich durch sein Verhalten in und außer Dienst der Achtung und des Vertrauens würdig zu erweisen, die seine amtliche Stellung erfordert⁴». Über diese stereotype Formulierung geht einzig das tessinische Gesetz hinaus, indem es ausdrücklich bestimmt, daß gewohnheitsmäßige Trunkenheit und ständige Zahlungsunfähigkeit mit dem Verhalten, das von einem Beamten verlangt werden müsse, unvereinbar seien⁵.

3. Die Auslegung

a) Grundsätzliches

Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man mit Hugo Spielmann annimmt, die allgemeine Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten sei aus dem schon früh kodifizierten Beamtenrecht *Deutschlands* übernommen worden⁶. Dort hatte sie ihrem gan-

² Vgl. Art. 24 Abs. 1 BBtG; Art. 24 Abs. 1 BAO; Art. 10 BtG Bern; § 8 Abs. 3 BtG Zürich; § 17 Abs. 1 BtG Luzern; § 8 BtG Uri; § 24 BtG Glarus; Art. 9 III BtG Freiburg; § 24 Abs. 1 BtG Solothurn; § 15 Abs. 2 BtG Basel-Land; Art. 14 I BtG Graubünden; § 8 Abs. 1 BtG Thurgau; Art. 13 BtG Tessin; Art. 22 Abs. 2 BtG Waadt; Art. 29 II BtG Neuenburg; Art. 6 Abs. 2 BtG Genf.

³ So ausdrücklich BGE 75 II 331; vgl. auch Hermann Fisch a. a. O. 88.

⁴ Das Bundesbeamtengesetz diente den kantonalen Gesetzgebern offensichtlich auch hier wieder als Vorlage.

⁵ Art. 13 BtG Tessin; vgl. auch Art. 71 II BtG Graubünden; Art. 62 II BtG Neuenburg.

⁶ Vgl. Hugo Spielmann 80 ff. — Nach der Mehrzahl der einschlägigen deutschen Monographien ist die generelle Rechtsgrundlage für die Beschränkungen, die den Beamten in bezug auf freie Meinungsäußerung und politische Betätigung auferlegt sind, nicht in der Treuepflicht, sondern in der Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten zu erblicken (vgl. z. B. Willi Schle-

zen Wesen nach die Bedeutung einer ausgesprochenen Standespflicht mit dem Zweck, das *Ansehen der Beamtenschaft* als eines geschlossenen Berufsstandes zu wahren und zu mehren⁷. Gerade diese Bedeutung kann ihr aber in der Schweiz nicht zukommen. Nach demokratischer Auffassung ist die Bildung eines eigentlichen Beamtenstandes grundsätzlich abzulehnen⁸. Der Sinn der Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten kann deshalb niemals in der Wahrung des Ansehens dieses Standes, sondern einzig und allein in der Wahrung der *Interessen der Gesamtheit* liegen⁹. Sie ist keine Standespflicht, sondern eine bestimmte Seite der generellen Treuepflicht, die vom Beamten ganz allgemein die Wahrung der Interessen des Staates verlangt.

b) Der Gegenstand der Pflicht

Ihrem Gegenstande nach ist die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten, gleich wie die Treuepflicht, vorwiegend eine negative, eine *Unterlassungspflicht*. Sie verlangt m. a. W. vom Beamten weniger ein bestimmtes Tun, als vielmehr eine gewisse *Zurückhaltung*. Es ginge zu weit und würde zu einem ungesunden Strebertum führen, wollte man von den Beamten erwarten, daß sie ihre Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit durch ein bestimmtes *Tun*, durch Versamlungsreden, Zeitungsautsätze und dgl., unter Beweis stellen. Vor derartigen Übertreibungen muß eindringlich gewarnt werden. Es genügt vollauf, wenn der Beamte seine Amtsobliegenheiten gewissenhaft erledigt und in und außer Dienst alles *unterläßt*,

weis 10; Richard Ernst 34; ähnlich Hugo Spielmann 80), und zwar deshalb, weil diese Pflicht sich als eine positive Bestimmung der Beamten-gesetze darstelle (vgl. § 10 Reichsbeamten-gesetz vom 31. März 1873), wogegen die Annahme einer Treuepflicht ein von Natur metaphysisches, unjuristisches Substrat aus dem Gewaltverhältnis des Staates gegenüber den Beamten zum Rechtsbegriff umzubiegen versuche (so Willi Schleweis a. a. O.). Diese rein positivistische Begründung ist für das schweiz. Recht schon deshalb unzutreffend, weil auch die Treuepflicht in den meisten schweizerischen Beamten-gesetzen ausdrücklich normiert ist. Da sie zudem als umfassende Organpflicht erscheint, hat sie als die *generelle Rechtsgrundlage der Beschränkung der Meinungsfreiheit zu gelten*.

⁷ Das geht schon aus dem Wortlaut von § 10 RBG hervor, der dem Beamten vorschreibt, sich «durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein *Beruf* erfordert, würdig zu erweisen».

⁸ Vgl. hiezu auch Fleiner BStR 259, Beamtenstaat und Volksstaat 31 ff.; ImHof 292a.

⁹ Es ist deshalb auch unzutreffend, wenn André Grisel (S. 46) sagt, die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten sei zum Schutze der Regierung gegenüber den Beamten bestimmt.

was auf Seiten seiner Vorgesetzten, seiner Mitarbeiter und Untergebenen oder auf Seiten der Allgemeinheit zu einem Verlust der Achtung und des Vertrauens führen könnte, deren er in seiner amtlichen Eigenschaft unbedingt bedarf, wenn der öffentliche Dienst anstands- und reibungslos funktionieren soll.

c) Der Inhalt der Pflicht

Es bereitet erhebliche Schwierigkeiten, den Inhalt einer ihrem ganzen Wesen nach so unbestimmten Pflicht in befriedigender Weise zu umschreiben. Die Gefahr, sich dabei in einer endlosen Kasuistik zu verlieren oder sich in nichtssagenden Banalitäten zu ergehen, ist ganz erheblich ¹⁰.

Welche Anforderungen im Hinblick auf die Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit eines Beamten an sein Verhalten in und außer Dienst zu stellen sind, läßt sich endgültig und erschöpfend stets nur im konkreten Einzelfall, unter Berücksichtigung aller Umstände, entscheiden. Jede Schematisierung ist schon in Anbetracht der außerordentlichen Verschiedenart der Ämter abzulehnen. Es erscheint ohne weiteres verständlich, daß an das Verhalten eines Kanzlisten nicht der gleich strenge Maßstab angelegt werden darf wie beispielsweise an dasjenige eines Staatsanwaltes, eines Gerichtspräsidenten oder eines Strafanstaltsdirektors; das Verhalten eines staatlichen Buchhalters wird in mancher Beziehung wieder anders zu beurteilen sein als dasjenige eines Lehrers, dem die Erziehung der Jugend anvertraut ist ¹¹.

¹⁰ Philosophische Definitionen von «Achtung» und «Vertrauen» sind (wie sich bei Willi Schleweis ¹⁰ deutlich zeigt) zur Bestimmung des Inhalts der Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten nicht geeignet, denn die Unbestimmtheit dieser Begriffe findet sich auch in ihren Umschreibungen wieder.

¹¹ Hierzu folgendes Beispiel aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung:
Ein Instruktions-Hauptmann, der sich für die ihm auferlegte Disziplinarstrafe an seinem Vorgesetzten rächen wollte und um dessen Verhältnis zu einer verheirateten Frau wußte, schrieb dem betrogenen Ehemann einen anonymen Brief, um ihm seine unglückliche Lage zu entdecken. Vom Liebesverhältnis seines Chefs hatte der Offizier dadurch Kenntnis erlangt, daß er sich heimlich auf dessen Zimmer begeben, dort die Schubladen durchwühlte, die darin vorgefundenen Liebesbriefe gelesen und schließlich deren zwei mitgenommen hatte. Er wurde deswegen *entlassen*. Die gegen die Entlassung eingereichte *Disziplinarbeschwerde* wurde *abgewiesen*. Das *Bundesgericht* führte dabei aus: «Was bei einem untergeordneten Bediensteten vom dienstlichen Standpunkt aus als leichter Verstoß oder irrelevant erscheinen mag, kann bei einem Beamten in gehobener Stellung ernstlich belastend sein. Das Schreiben eines

Allgemeingültig kann aber trotz aller Mannigfaltigkeit und Verschiedenartigkeit immerhin festgestellt werden, daß von einem Beamten ein in jeder Hinsicht *ehrenhafter Lebenswandel* verlangt werden muß¹². Wer durch seine ganze Lebensführung einen unehrenhaften Charakter offenbart, braucht deswegen noch kein Verbrecher im Sinne des Strafgesetzbuches zu sein, aber er gehört jedenfalls nicht in den Beamtenstab, denn es würde von vorneherein am nötigen Vertrauen in seine Amtsführung fehlen.

In erster Linie darf sich der Beamte *keine strafbare Handlung* zuschulden kommen lassen, denn darin wird regelmäßig ein besonders krasser Verstoß gegen die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten erblickt werden müssen¹³. Darüber hinaus darf er aber — ganz allgemein gesprochen — *keinen liederlichen oder sittlich anstößigen Lebenswandel* führen. Und zwar hat sich der Beamte dabei tunlichst nach den seinen Mitbürgern gemeinsamen, allgemein anerkannten ethischen Anschauungen zu richten und nicht nach seinen eigenen, auch wenn sie die richtigeren wären. Es kommt eben nicht auf die Richtigkeit der ethischen Anschauun-

anonymen Briefes, zumal mit Anschuldigungen, ist nun bei Anwendung etwas feinerer ethischer Maßstäbe eine dermaßen verwerfliche Tat, daß sie eines Beamten in der Stellung eines Berufs- und Instruktionsoffiziers durchaus unwürdig ist. Wer sich dazu durch irgendwelche Motive verleiten läßt, der zeigt damit in klarer Weise, daß er den moralischen Anforderungen, die an diese Beamtenkategorie gestellt werden müssen, nicht gewachsen ist und sich für die wichtige Aufgabe der Soldatenerziehung nach der allgemein menschlichen Seite nicht eignet, wenn er ihr auch nach der technischen Seite gewachsen sein mag.» Unveröff. BGE vom 29. Mai 1942 i. S. M. ca. eidg. Militärdepartement. Vgl. dazu auch Max Kilchenmann 123 f. und N 85 daselbst.

¹² Vgl. dazu ImHof 299a f.; Hugo Spielmann 83 ff.; Max Kilchenmann 119 ff.

¹³ Art. 51 StGB sieht denn auch für den Fall, daß sich ein Beamter «durch sein Verbrechen oder sein Vergehen seines Amtes unwürdig gemacht hat», die Möglichkeit der Amtsentsetzung vor. Es genügt aber bei weitem nicht jede strafbare Handlung für eine strafrechtliche Amtsentsetzung (das Gesetz sieht diese Nebenstrafe ausdrücklich nur für Verbrechen und Vergehen, nicht aber für Übertretungen vor). — Auch schwere Disziplinarstrafen dürfen nicht schon wegen leichter Delikte verhängt werden. So erklärt das Bundesgericht ausdrücklich, daß ein geringfügiger Holzdiebstahl die Versetzung ins provisorische Dienstverhältnis (Art. 31 Abs. 1 Ziff. 8 BBtG) nicht zu rechtfertigen vermöge. Er stelle zwar einen schweren Verstoß gegen die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten dar, genüge aber zur Verhängung der zweit-schwersten Disziplinarstrafe nicht (vgl. den unveröffentlichten BGE vom 29. Oktober 1936 i. S. A. H., Stationsbeamter, gegen schweiz. Bundesbahnen, Kreis-direktion III Zürich). Siehe auch die zahlreichen Beispiele bei Max Kilchenmann 119 ff. und Anm. daselbst sowie bei W. Vimmer, Die Beurteilung von Beamtenvergehen durch das Bundesgericht als Verwaltungsgerichtshof, Zentralblatt 37 (1936) S. 537 ff., 569 ff.

gen, sondern nur darauf an, daß der Beamte durch sein Verhalten nicht öffentliches Ärgernis erregt.

Als konkrete Beispiele pflichtwidrigen Verhaltens sind insbesondere chronische Trunkenheit und dauernde Zahlungsunfähigkeit infolge leichtsinnigen Schuldenmachens zu nennen ¹⁴. Aber auch eine in sexueller Hinsicht anstößige Lebensführung erscheint als pflichtwidrig ¹⁵. Strenge Anforderungen sind in dieser Beziehung besonders an die Jugenderzieher zu stellen ¹⁶. So müßte m. E. ein im Konkubinats lebender Lehrer seiner Stelle enthoben werden, sofern er sein Verhältnis nicht auflöst. Jeder Makel, der dem Beamten als Privatmann anhaftet, fällt eben auf den Staat, als dessen Repräsentant er stets dasteht, zurück, und es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß ein Beamter, auch wenn er seine Amtsobliegenheiten aufs gewissenhafteste besorgt, entlassen werden kann und muß, sofern er durch seine Lebensführung zu öffentlichem Ärgernis Anlaß gibt.

Die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten erschöpft sich indessen nicht etwa in der Pflicht, einen ehrenhaften Lebenswandel zu führen. Vielmehr verlangt sie vom Beamten außerdem, daß er als Staatsdiener bei seinem gesamten Verhalten *den bestehenden Staat und die obersten Prinzipien seiner Rechtsordnung und Organisation* gebührend respektiere. Es erscheint eben gänzlich undenkbar, wie man einem Beamten, der den Staat und seine höchsten Grundsätze negiert, sollte Vertrauen entgegenbringen können. Wer durch sein Verhalten zu verstehen gibt, daß er den Staat an sich, die Demokratie oder das liberale Wertsystem grundsätzlich ablehnt, verletzt deshalb nach schweizerischer Auffassung nicht nur die Treuepflicht, sondern auch die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauens-

¹⁴ Vgl. Art. 13 Abs. 3 BtG Tessin; Art. 55 Abs. 2 BBtG, der als wichtige Gründe zur Umgestaltung oder Auflösung des Dienstverhältnisses u. a. ausdrücklich den Konkurs und die fruchtlose Pfändung erwähnt; siehe auch Hugo Spielmann 84.

¹⁵ Man wird aber das Verhalten eines Beamten nicht kleinlicher beurteilen dürfen als das eines Nichtbeamten. So ginge es zweifellos zu weit, einen Beamten wegen gelegentlichem außerehelichem Geschlechtsverkehr zu entlassen. Auch uneheliche Mutter- bzw. Vaterschaft wird längst nicht in jedem Falle die Entlassung eines Beamten zu rechtfertigen vermögen. Die Auffassungen haben sich gerade in dieser Hinsicht weitgehend geändert. Das geht u. a. schon daraus hervor, daß nach Art. 44 Abs. 1 lit. d BtO I Kinderzulagen ausdrücklich auch für außereheliche Kinder auszurichten sind. Vgl. dazu auch Hugo Spielmann 84.

¹⁶ Vgl. dazu insbes. Max Kilchenmann 118 f.

würdigen Verhalten und ist auch aus diesem Grunde aus dem Staatsdienst zu entlassen ¹⁷.

Wenn der Beamte bei seinem gesamten Verhalten, mithin auch bei seinen Meinungsäußerungen, den herrschenden ethischen Anschauungen gebührend Rechnung trägt und außerdem den bestehenden Staat und seine obersten Prinzipien respektiert, wird er in der Regel die Achtung und das Vertrauen des *Volkes* ohne weiteres in dem Maße genießen, welches im Hinblick auf seine amtliche Stellung erforderlich ist.

Nun müssen aber insbesondere auch die *Vorgesetzten* dem Beamten Achtung und Vertrauen entgegenbringen können, denn wenn es daran fehlt, sind sie in ihren Anordnungen behindert, und der Gang der Verwaltung wird erschwert. Die Vorgesetzten müssen sich darauf verlassen können, daß der Beamte seine Amtsobliegenheiten treu und gewissenhaft erfüllt und ihren Anordnungen auch außer Dienst nicht entgegenwirkt ¹⁸. Nur dann ist die erforderliche Einheit und Geschlossenheit im Handeln der Verwaltung, deren auch der demokratische Staat nicht entraten kann, gewährleistet. Der Beamte hat deshalb bei seiner *Kritik an der öffentlichen Verwaltung* eine gewisse *Zurückhaltung* zu beobachten, wie im Vorstehenden eingehend dargelegt wurde ¹⁹. Kritische Äußerungen über behördliche Entscheidungen, die sein eigenes Ressort betreffen oder an denen er als Berater seiner Vorgesetzten selbst mitgewirkt hat, tragen regelmäßig die Gefahr einer Vertrauenskrise in sich, für die man ihn unter Umständen disziplinarisch zur Verantwortung ziehen kann, denn solche Kritik ist der Einheit und Geschlossenheit im Handeln der Verwaltung meist abträglich.

Es darf dem Beamten aber nicht ohne weiteres jede Vertrauenskrise zum Vorwurf gemacht werden. Vertrauen ist etwas rein Persönliches. Ob es besteht oder nicht, hängt immer von beiden Beteiligten ab, d. h. nicht nur vom Beamten allein, sondern auch von

¹⁷ Vgl. dazu § 6, III, 3 hievor.

¹⁸ Vgl. den Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner 13/14; Hermann Fisch, Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht, Zentralblatt 50 S. 88.

¹⁹ Vgl. dazu § 6, III, 4; siehe auch Willi Schleweis 28 ff. — In Deutschland hatten die Beamten z. T. sogar eine Genehmigung ihrer vorgesetzten Behörde einzuholen, wenn sie außerhalb des Dienstes in der Öffentlichkeit an dienstlichen Angelegenheiten Kritik üben wollten (vgl. dazu Willi Schleweis 33). Eine solche Zensur müßte nach schweizerischem Recht ohne weiteres als verfassungswidrig bezeichnet werden. Gegen Verletzungen von Dienstpflichten durch Ausübung der Meinungsfreiheit sind einzig repressive Maßnahmen in Form von Disziplinarstrafen zulässig.

seinem Vorgesetzten. Entscheidend kann deshalb nicht sein, ob der Beamte das Vertrauen seines Chefs tatsächlich genießt; maßgebend ist vielmehr, ob er dieses Vertrauens *würdig* ist. Ein Verhalten kann dem Beamten m. a. W. nur dann zur Last gelegt werden, wenn es *nach objektivem Urteil* seine Vertrauenswürdigkeit als zweifelhaft erscheinen läßt. Denn vertrauenswürdig kann unter Umständen auch der Beamte sein, dem es nicht gelungen ist, sich das volle Vertrauen seiner Vorgesetzten zu erhalten. Ob der Behörde dennoch zugemutet werden könne, das Dienstverhältnis weiterhin aufrechtzuerhalten, ist allerdings eine andere Frage, eine Frage aber, die sich, innert den Schranken des Willkürverbotes, jeder rechtlichen Beurteilung entzieht ²⁰.

Das ist alles, was sich über den Inhalt der Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten allgemeingültig sagen läßt. Für Einzelheiten muß auf die im folgenden (§ 10, I) wiedergegebene Kasuistik verwiesen werden.

Besondere Ausführungen über Umfang und Grenzen der genannten Pflicht erübrigen sich. Was diesbezüglich über die Treuepflicht ausgeführt wurde, gilt mutatis mutandis auch hier.

II. Die Pflicht zu einem höflichen und taktvollen Benehmen

Zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten, wie es von einem Beamten verlangt werden muß, gehört auch ein höfliches und taktvolles Benehmen gegenüber Vorgesetzten, Mitbeamten und Untergebenen sowie im Verkehr mit dem Publikum. André Grisel bemerkt dazu treffend: «Le tact et la politesse engendrent la considération, comme cette dernière fait naître la confiance. Pour mériter la considération et, par tant, la confiance, les fonctionnaires doivent donc observer le tact et la politesse dans toutes leurs expressions d'opinion ²¹».

Es versteht sich von selbst, daß der Beamte nicht nur innerhalb des Dienstes Takt und Höflichkeit zu wahren hat, sondern ebenso auch außerhalb desselben. Und zwar besteht diese Pflicht auch dann, wenn es an einer dahingehenden ausdrücklichen Vorschrift fehlt. Sie erscheint als selbstverständlich ²².

²⁰ Vgl. den Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner 14, 16/17.

²¹ Vgl. André Grisel 46.

²² Vgl. Hermann Fisch, Das Beamtenverhältnis in der thurg. Zentralverwaltung 78.

Der Charakter einer selbständigen Pflicht kommt freilich auch ihr nicht zu. Sie ergibt sich ohne weiteres aus der Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten und ist mit dieser schon in der umfassenden Treupflicht enthalten. Kraft dieser allgemeinen Organpflicht hat der Beamte eben alles zu tun, was die Interessen des Staates fördert und alles zu unterlassen, was sie beeinträchtigen könnte. Dazu gehört aber zweifellos auch ein höfliches und taktvolles Benehmen.

Wenn auch diese spezielle Verhaltenspflicht hier trotzdem besonders erwähnt wird, so nur deshalb, weil sie trotz ihrer Selbstverständlichkeit in verschiedenen Beamtenengesetzen neben den genannten beiden Pflichten ausdrücklich normiert ist ²³.

Was unter Höflichkeit und Takt zu verstehen ist, beurteilt sich nach den allgemeingültigen Anstandsregeln. Auch in dieser Beziehung muß aber an das Verhalten der höher gestellten Beamten ein strengerer Maßstab angelegt werden als an dasjenige der untergeordneten Bediensteten. Was bei einem Subalternen noch als leichter Verstoß erscheinen mag, kann bei einem Beamten in gehobener Stellung ernstlich belastend sein.

Höflichkeit und Takt hat der Beamte vorab auch bei seinen Meinungsäußerungen zu beachten, insbesondere, wenn sich diese auf die Person eines Vorgesetzten beziehen. Dabei gebieten Takt und Höflichkeit weniger eine Beschränkung im Inhalt als in der *Form* der Äußerungen.

III. Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit

1. Allgemeines

Zu den speziellen Verhaltenspflichten, die dem Beamten auch außerhalb des Dienstes, im Privatleben, mithin also auch bei Gebrauch seiner Meinungsfreiheit obliegen, gehört schließlich auch die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit ^{23a}.

Auch diese Pflicht läßt sich grundsätzlich auf die Treupflicht

²³ Vgl. Art. 24 Abs. 2 BBtG; Art. 24 Abs. 2 BAO; § 17 Abs. 2 BtG Luzern; Art. 9 II BtG Freiburg; § 11 III BtG Appenzell A.-Rh.; Art. 15 Abs. 2 BtG St. Gallen; Art. 14 II BtG Graubünden; § 8 Abs. 1 BtG Thurgau; Art. 13 Abs. 2 BtG Tessin; Art. 22 Abs. 2 BtG Waadt; Art. 32 BtG Neuenburg.

^{23a} Vgl. Paul Reichlin, Die Schweigepflicht der Verwaltungsbeamten, Zentralblatt 53 (1952) S. 475 ff., 505 ff.

zurückführen²⁴, denn zu den staatlichen Interessen, die der Beamte kraft seiner umfassenden Treuepflicht zu wahren hat, gehört ganz zweifellos auch die Wahrung des Amtsgeheimnisses, d. h. absolute Verschwiegenheit über diejenigen dienstlichen Obliegenheiten, die ihrer Natur nach oder gemäß besonderer Vorschrift geheim zu halten sind. Daraus folgt, daß sich die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit beim Fehlen einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung aus der auch ungeschrieben geltenden Treuepflicht ableiten läßt, die eo ipso jedem Organverhältnis innewohnt. *Sie gilt somit auch ohne ausdrückliche Vorschrift.*

Trotz ihrer engen Verbundenheit mit der Treuepflicht muß der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit aber der Charakter einer *selbständigen Pflicht* zuerkannt werden. Sie ist nicht nur in den meisten Beamtengesetzen neben der Treuepflicht ausdrücklich genannt, sondern hat auch im Strafrecht in Form eines Sondertatbestandes eine Selbstständigkeit erfahren²⁵, die sie als besondere Beamtenpflicht erscheinen läßt.

Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit ist nicht nur disziplinarisch, sondern *auch strafrechtlich sanktioniert*. Nach Art. 320 StBG wird die Verletzung des Amtsgeheimnisses mit Gefängnis oder mit Buße geahndet, und zwar gilt diese Strafbestimmung für *alle* Beamten, für die des Bundes wie für die der Kantone und der Gemeinden, ohne Rücksicht darauf, ob das kantonale Beamtenrecht seinerseits die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit ausdrücklich statuiert oder nicht. Daraus folgt aber umgekehrt, daß ein Beamter wegen Verletzung der Amtsverschwiegenheit auch dann *disziplinarisch* bestraft werden kann, wenn es an einer dahingehenden *beamtenrechtlichen* Bestimmung fehlt, denn eine Dienstpflichtverletzung, die sogar kriminelle Strafe nach sich ziehen kann, m. a. W. also einen Deliktstatbestand erfüllt, muß logischerweise auch disziplinarisch strafbar sein.

2. Die positiv-rechtlichen Umschreibungen

Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit ist, wie bemerkt, in den meisten Beamtengesetzen ausdrücklich erwähnt und näher umschrie-

²⁴ So ausdrücklich ImHof 313a f.; in diesem Sinne auch Hermann Fisch, Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht des Beamten, Zentralblatt 50 (1949) S. 88; Fleiner/Giacometti 674.

²⁵ Vgl. insbes. Art. 320 StGB, «Verletzung des Amtsgeheimnisses»; siehe auch Art. 293 StGB, «Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen».

ben²⁶. Die häufigste und meist fast wörtlich wiederkehrende Umschreibung ist diejenige von Art. 27 BBtG. Sie lautet: «Der Beamte ist zur Verschwiegenheit über dienstliche Angelegenheiten verpflichtet, die nach ihrer Natur oder gemäß besonderer Vorschrift geheim zu halten sind (Abs. 1). Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bleibt auch nach Auflösung des Dienstverhältnisses bestehen (Abs. 2).»

Verschiedene kantonale Beamtengesetze umschreiben die geheim zu haltenden Gegenstände nicht näher, sondern bestimmen nur kurz, der Beamte habe über «dienstliche Angelegenheiten» Verschwiegenheit zu bewahren. Sehr lapidar ist die Vorschrift des tessinischen Gesetzes: «Gli impiegati sono tenuti al segreto d'ufficio.» Im zugerischen und im thurgauischen Gesetz fehlt die in allen übrigen Umschreibungen wiederkehrende Bestimmung, daß die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit auch nach Auflösung des Dienstverhältnisses weiterbestehe. Nach dem Beamtengesetz des Kantons St. Gallen gilt die Geheimhaltungspflicht nur gegenüber Privatpersonen. Vereinzelt sind auch Spezialvorschriften über die Akteneinsicht und die Aktenedition sowie über das verwaltungsinterne Mitteilungs- und Auskunftsrecht anzutreffen²⁷. So verbietet z. B. das thurgauische Gesetz den Beamten ausdrücklich, in amtliche Akten Einsicht zu nehmen, soweit es nicht durch den Geschäftsgang bedingt ist.

Einzelne Beamtengesetze enthalten ferner ausdrückliche Bestimmungen über die Zeugnispflicht, wonach sich der Beamte als Partei, Zeuge oder gerichtlicher Sachverständiger über Wahrnehmungen, die er kraft seines Amtes oder in Ausübung seines Dienstes gemacht hat und die sich auf seine dienstlichen Obliegenheiten beziehen, nur äußern darf, wenn ihn die zuständige Amtsstelle dazu ermächtigt

²⁶ Vgl. Art. 27 BBtG; Art. 26 BAO; § 11 BtG Zürich; Art. 13 BtG Bern; § 18 BtG Luzern; § 12 BtG Uri; § 27 BtG Glarus; § 99 BtG Zug; Art. 10 BtG Freiburg; § 26 BtG Solothurn; § 18 BtG Basel-Land; Art. 7 BtG Appenzell I.-Rh.; Art. 16 BtG St. Gallen; Art. 19 BtG Graubünden; § 9 BtG Thurgau; Art. 16 BtG Tessin; Art. 26 und 27 BtG Waadt; Art. 4 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BtG Wallis; Art. 35 BtG Neuenburg; Art. 13 BtG Genf.

²⁷ So insbes. das sehr ausführliche waadtländische Beamtengesetz (vgl. Art. 26 Abs. 2 und 27). Interessant ist bes. auch die Bestimmung, wonach es den Beamten untersagt ist, amtliche Dokumente in Original oder Abschrift Drittpersonen zu übermitteln oder für sich zu behalten (Art. 26 Abs. 2 BtG Waadt). Es ginge m. E. aber zu weit, auf Grund dieser Vorschrift beispielsweise den gerichtlichen Beamten zu untersagen, für ihren Eigengebrauch eine private Präjudiziensammlung anzulegen, sofern dies lediglich zu wissenschaftlichen Zwecken oder zur Vereinheitlichung der Urteilsredaktion geschieht. Vgl. auch § 19 Abs. 2 BtG Luzern; Art. 20 BtG Graubünden; Art. 36 BtG Neuenburg.

hat²⁸. Die Ermächtigung, die auch nach Auflösung des Dienstverhältnisses noch erforderlich ist²⁹, darf jedoch im Interesse des ungestörten Ganges der Justiz nur dann verweigert werden, wenn die allgemeinen Landesinteressen es verlangen oder wenn die Ermächtigung die Verwaltung in der Durchführung ihrer Aufgabe wesentlich beeinträchtigen würde³⁰. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingetreten werden.

3. Die Auslegung

a) Der Gegenstand der Geheimhaltungspflicht

Die praktisch zweifellos wichtigste Frage, die sich im Zusammenhang mit der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit stellt, ist diejenige nach ihrem *Gegenstand*, denn ihr *Inhalt* steht zum vornherein fest und gibt zu keinen Erörterungen Anlaß. Er besteht darin, daß der Beamte über die geheim zu haltenden Angelegenheiten *absolute Verschwiegenheit* zu bewahren hat³¹.

Unter die Geheimhaltungspflicht fallen nicht schlechthin alle dienstlichen Angelegenheiten, sondern nur diejenigen, welche entweder ihrer *Natur*, ihrem *Wesen* nach oder laut besonderer *Vorschrift* oder mit Rücksicht auf die *Umstände* geheim zu halten sind³². Es muß m. a. W. ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung bestehen. Diese Begrenzung hat auch dann zu gelten, wenn sie im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird, da andernfalls die Geheim-

²⁸ So ausdrücklich Art. 28 Abs. 1 BBtG, analog Art. 27 Abs. 1 BAO; vgl. auch Art. 11 BtG Freiburg; § 27 Abs. 1 BtG Solothurn; Art. 21 BtG Graubünden; Art. 28 Abs. 1 BtG Waadt; Art. 37 BtG Neuenburg; § 19 Abs. 1 und 3 BtG Luzern. Auch eine generelle Ermächtigung ist zulässig; vgl. Verwaltungsent-scheide Heft 10 Nr. 22.

²⁹ Vgl. Art. 28 Abs. 2 BBtG; Art. 27 Abs. 1 BAO; § 19 Abs. 4 BtG Luzern; Art. 11 II BtG Freiburg; Art. 21 I BtG Graubünden; Art. 28 Abs. 2 BtG Waadt; Art. 37 I BtG Neuenburg.

³⁰ Vgl. Art. 28 Abs. 3 BBtG; § 27 Abs. 2 BtG Solothurn; Art. 21 II BtG Graubünden; Art. 37 II BtG Neuenburg; siehe auch Art. 20 BtO I und Art. 16 BtO II. Vgl. auch Fleiner/Giacometti 674.

³¹ So insbes. André Grisel S. 89 N 117: «L'obligation de discretion est absolue; le fonctionnaire qui siège au Parlement n'est pas exempté.»

³² Der bundesrätliche Entwurf vom 18. Juli 1924 zum Bundesbeamtengesetz (BB1 1924 III 237 ff., Art. 26) sah diese Begrenzung nicht vor, sondern wollte die Beamten ganz generell verpflichten, über «dienstliche Angelegenheiten» Verschwiegenheit zu bewahren. Im Parlament wurde die Schweigepflicht jedoch auf diejenigen dienstlichen Angelegenheiten beschränkt, «die ihrer Natur nach oder gemäß besonderer Vorschrift geheim zu halten sind». (Vgl. StenBull StR 1925 S. 119/120). Vgl. auch BGE 77 IV 50 f., Erw. 3.

haltungspflicht eine Ausdehnung erfahren würde, die sich mit den dienstlichen Interessen nicht rechtfertigen ließe und somit einer verfassungswidrigen Beeinträchtigung der Freiheit der Meinungsäußerung gleichkäme. Bloße unbegründete Geheimnistuerei der Verwaltungsbehörden ist mit der demokratischen Idee unvereinbar.

Mit Recht bemerkt André Grisel, eine «ihrer *Natur* nach» geheim zu haltende Angelegenheit müßte streng genommen für *immer* und *überall* geheim bleiben. Die Wirklichkeit zeige jedoch, daß im Verlaufe der Zeit das Geheimnis oftmals gelüftet werde und daß, was im einen Staate geheim gehalten, andernorts öffentlich bekannt gegeben werde. Es komme demnach für die Frage, ob eine Angelegenheit geheim zu halten sei oder nicht — von besonderen Vorschriften abgesehen —, weniger auf deren Natur als vielmehr auf die *Umstände* an ³³.

Unter die Geheimhaltungspflicht fallen nicht nur die Angelegenheiten, die zum eigentlichen *Amtsbereich* des Beamten gehören, sondern alle bei *Gelegenheit des Dienstes* wahrgenommenen Amtsgeheimnisse. Der Weibel, der während seines Dienstes eine vertrauliche Unterredung mitangehört oder gar belauscht hat, macht sich der Verletzung des Amtsgeheimnisses schuldig, wenn er das Gehörte öffentlich verbreitet. Dagegen verletzt der Beamte, welcher ein außerhalb des Dienstes vernommenes Staatsgeheimnis preisgibt, nicht die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit, wohl aber allenfalls die Treuepflicht und die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten ³⁴. Ebensowenig fallen selbstverständlich *rein persönliche Angelegenheiten* des Beamten unter die Geheimhaltungspflicht.

Auf eine Kasuistik über die geheim zu haltenden Tatsachen und Verhältnisse muß verzichtet werden ³⁵. Als Beispiele seien lediglich etwa die folgenden genannt: Die Zollverwaltung darf Drittpersonen über das Einfuhrdatum von Automobilen keine Auskunft erteilen ³⁶. Die Beamten der Bundesbahnen haben insbesondere das Geheimnis im Bereiche des Transportwesens zu wahren. Auskünfte über einen Transport dürfen nur den am Transportvertrag beteiligten Parteien erteilt werden (Reisender, Abonnent, Absender und Empfänger gemäß Frachtbrief). Vorbehalten bleiben lediglich die Anzeigepflicht gegenüber gerichtlichen Behörden und die Auskunftspflicht gegen-

³³ So André Grisel 89.

³⁴ Vgl. hiezu auch André Grisel 89.

³⁵ Vgl. auch die hinten § 10, II angeführten Beispiele.

³⁶ Vgl. Verwaltungsentscheide Heft 5 Nr. 22.

über Verwaltungsstellen, die Edition bahnamtlicher Akten, die Berichterstattung an die Zollverwaltung bei Ausübung zollamtlicher Funktionen seitens der Eisenbahn sowie die Vorschriften über die Lebensmittelkontrolle ³⁷.

b) Die Personen, denen gegenüber Verschwiegenheit
zu bewahren ist

Die Geheimhaltungspflicht besteht nicht nur *Privatpersonen* gegenüber — wie beispielsweise das Beamtengesetz des Kantons St. Gallen vermuten läßt — ³⁸, sondern gegenüber *jedermann* ³⁹. Das Geheimnis ist somit auch den *Mitbeamten* gegenüber zu wahren, sofern die Natur der Sache oder eine besondere Vorschrift dies verlangt und dem Mitbeamten nicht aus dienstlichen Gründen Auskunft erteilt werden muß ⁴⁰. Selbstverständlich gilt die Geheimhaltungspflicht auch der Presse gegenüber ⁴¹.

c) Die Dauer der Geheimhaltungspflicht

Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit gilt nicht nur während der Dauer des Dienstverhältnisses, sondern bleibt auch nach dessen Auflösung weiterbestehen und zwar auch dann, wenn eine dahingehende ausdrückliche Vorschrift fehlt ⁴². Es gehört eben zum Wesen des Amtsgeheimnisses, daß es über die Dauer der Anstellung hinaus fortwirkt. Die Offenbarung eines Geheimnisses nach Auflösung des Dienstverhältnisses kann die Interessen der Verwaltung bzw. der Privaten ebenso beeinträchtigen wie eine Indiskretion während der

³⁷ Vgl. das Reglement R 5 der Generaldirektion der schweiz. Bundesbahnen vom 19. Juli 1946 über die Amtsverschwiegenheit, Zeugnis-, Auskunfts- und Editionspflicht, Ziffern 7 und 8. Vgl. auch BGE 77 IV 50 f., Erw. 3.

³⁸ Vgl. Art. 16 BtG St. Gallen: «Das Personal ist gegenüber *Privatpersonen* zur Verschwiegenheit ... verpflichtet ...»

³⁹ Vgl. die bundesrätliche Botschaft vom 18. Juli 1924 zum Bundesbeamtengesetz S. 101.

⁴⁰ Dies schreibt z. B. Ziffer 1 Abs. 2 des in N 37 zit. Reglementes der schweiz. Bundesbahnen ausdrücklich vor; das Amtsgeheimnis ist aber auch ohne eine dahingehende besondere Vorschrift auch den Mitbeamten gegenüber zu wahren.

⁴¹ Dies schreibt Ziffer 10 des in N 37 zit. Reglementes der schweiz. Bundesbahnen ausdrücklich vor.

⁴² Wie z. B. im zugerischen und im thurgauischen Beamtengesetz (vgl. § 99 BtG Zug und § 9 BtG Thurgau); vgl. dagegen die übrigen in N 26 zit. BtG und Art. 320 Abs. 2 StGB.

Dauer der Anstellung, es sei denn, das Interesse an der Geheimhaltung sei inzwischen dahingefallen. Es ist dem pensionierten Beamten deshalb nur unter Vorbehalt des Amtsgeheimnisses gestattet, «Mémoires» niederzuschreiben und zu veröffentlichen.

Der Beamte im Ruhestand kann wegen einer Verletzung des Amtsgeheimnisses allerdings nicht disziplinarisch bestraft werden wie der aktive Beamte, aber er kann seines Ruhegehaltes teilweise oder — wenn der Fall schwer wiegt — sogar gänzlich verlustig erklärt werden⁴³; zudem kann er auch strafrechtlich und vermögensrechtlich zur Verantwortung gezogen werden⁴⁴.

d) Die Grenzen der Geheimhaltungspflicht

Unter die Geheimhaltungspflicht fallen, wie bemerkt, nicht schlechthin alle dienstlichen Angelegenheiten, sondern nur diejenigen, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht, sei es, daß dieses Interesse durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift zur Geltung gebracht wird, sei es, daß es sich aus der Natur der Sache oder aus den Umständen ergibt. In diesem Falle ist absolute Verschwiegenheit zu bewahren.

Dagegen darf einem Beamten niemals bloß daraus ein Vorwurf gemacht werden, daß er die auf seiner Amtstätigkeit beruhende Vertrautheit mit einem bestimmten Gegenstande in der öffentlichen Diskussion verwertet. Zutreffend bemerkt eine Disziplinarkommission hiezu: «Wenn die Verfassung dem Individuum Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit gewährleistet, so steht einem jeden Bürger die Befugnis zu, diese Freiheiten so zu gebrauchen, wie er es gemäß seinen Erfahrungen, Kenntnissen und Fähigkeiten im gegebenen Augenblick zu tun vermag; er ist keine Rechenschaft darüber schuldig, auf welche Weise er dazu gekommen ist, sich über den behandelten Gegenstand ein Urteil zu bilden, es sei denn, daß ihm über gewisse Dinge Verschwiegenheit besonders zur Pflicht gemacht wäre. Daher muß es auch einem Beamten, mit dieser Einschränkung, erlaubt sein, die im Amte erworbene Sachkenntnis in denjenigen persönlichen Äußerungen zu verwerten und zur Geltung zu bringen, die ihm dem Gegenstande und der Art der Behandlung nach erlaubt sind; er ist nicht verpflichtet, nur darum zu schweigen, weil er infolge seiner

⁴³ Vgl. hiezu insbes. Hermann Fisch, Das Beamtenverhältnis in der thurgauischen Zentralverwaltung S. 79.

⁴⁴ Vgl. hiezu hinten § 8 II Ziff. 6.

amtlichen Beschäftigung besser als andere in der Lage ist, seinen Sachverhalt zu beurteilen»⁴⁵.

e) Das Verhältnis zwischen Kriminal- und Disziplinarstrafrecht

Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit ist, wie schon bemerkt, nicht nur disziplinarisch, sondern auch kriminalstrafrechtlich sanktioniert. Damit stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen kriminellem und Disziplinarstrafrecht. Hiezu ist vorab festzustellen, daß beide Rechtskreise unabhängig nebeneinander stehen. Die Kriminalstrafgewalt und die Disziplinargewalt beruhen eben auf verschiedenen Rechtsverhältnissen, die erste auf dem allgemeinen, die zweite dagegen auf dem sog. besonderen Gewaltverhältnis.

Hat ein Beamter einen strafrechtlichen Tatbestand erfüllt, so kann dieser nicht zugunsten einer disziplinarischen Maßnahme ausgeschaltet werden; die strafrechtliche Verantwortlichkeit besteht ohne Rücksicht auf die Durchführung eines Disziplinarverfahrens⁴⁶. In der Praxis können sich allerdings Schwierigkeiten insoweit ergeben, als die Strafverfolgung eines Beamten von der Ermächtigung einer vorgesetzten Behörde abhängig ist⁴⁷. Die Möglichkeit, daß eine Ermächtigung verweigert wird, besteht, und es ist juristisch fraglich, ob sie erzwungen werden kann. Die Frage verschiebt sich unter Umständen auf das Gebiet der Politik. Sicher ist dagegen, daß eine disziplinarische Bestrafung eine Strafverfolgung nicht ausschließt. Ebenso kann ein gerichtlich verurteilter oder freigesprochener Beamter wegen einer in seinem Verhalten liegenden Dienstpflichtverletzung nachfolgend noch disziplinarisch bestraft werden. Der Satz «ne bis in idem» gilt im Verhältnis Kriminalstrafrecht – Ordnungsstrafrecht nicht.

⁴⁵ Vgl. die bundesrätliche Botschaft vom 18. Juli 1924 zum Bundesbeamtenengesetz S. 102 f.

⁴⁶ So ausdrücklich Art. 30 Abs. 2 BBtG; § 26 Abs. 2 BtG Luzern; vgl. auch Hafter, Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, allg. Teil 318.

⁴⁷ Vgl. Art. 17 ff. des BG vom 9. Dezember 1850 über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten (BS I, S. 462 ff.) sowie Art. 366 StGB.

2. Kapitel

Praktische Beispiele

Um ein möglichst wirklichkeitsgetreues Bild von den Beschränkungen zu vermitteln, denen die Beamten in der Ausübung der Meinungsfreiheit im Gegensatz zu den Nichtbeamten unterworfen sind, soll im folgenden anhand einer Anzahl *konkreter Beispiele aus der Praxis* gezeigt werden, welcher Art die Meinungsäußerungen waren, die den betreffenden Beamten in irgend einer Form zum Vorwurf gemacht wurden.

§ 8. Vorbemerkungen: Die Folgen beamtenrechtlich unzulässiger Meinungsäußerungen

Die Folgen *unzulässiger Meinungsäußerungen* eines Beamten können ganz verschiedene sein.

I. Disziplinarische Bestrafung

Wenn ein Beamter durch seine Meinungsäußerung eine Dienstpflicht verletzt hat, sei es absichtlich oder fahrlässig, so wird er hiefür *normalerweise* disziplinarisch bestraft ¹.

1. Die Disziplinarstrafen

Als *Disziplinarstrafen* kommen nach Bundesrecht in Frage ²:

1. Verweis;
2. Buße bis auf hundert Franken;

¹ Vgl. Art. 30 Abs. 1 BBtG, analog z. B. § 26 Abs. 1 BtG Luzern; Art. 34 Abs. 1 BtG Waadt.

² Vgl. Art. 31 Abs. 1 BBtG. — Auf das Disziplinarstrafrecht der einzelnen Kantone kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht eingetreten werden. Es sei lediglich auf die einschlägigen Bestimmungen der beiden vortrefflichen Beamtengesetze der Kantone Luzern und Waadt verwiesen: § 27 BtG Luzern und Art. 35 BtG Waadt. — Die Ausführungen über das Bundesrecht gelten aber *mutatis mutandis* auch für das kantonale Disziplinarrecht.

3. Entzug von Fahrbegünstigungen;
4. vorübergehende Einstellung im Amte mit Kürzung oder Entzug der Besoldung;
5. strafweise Versetzung im Dienste oder Rückversetzung im Amte mit gleicher oder geringerer Besoldung, gegebenenfalls unter Kürzung oder Entzug der Umzugskosten;
6. Herabsetzung der Besoldung im Rahmen der für das Amt maßgebenden Ansätze;
7. Kürzung oder Einstellung der ordentlichen Besoldungserhöhung;
8. Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis;
9. disziplinarische Entlassung.

Dabei haben sich Art und Maß der Strafe nach dem Verschulden, den Beweggründen, dem bisherigen Verhalten, der dienstlichen Stellung und Verantwortlichkeit des Beamten sowie nach Umfang und Wichtigkeit der verletzten oder gefährdeten Dienstinteressen zu richten³. Bei geringfügigen Verletzungen der Dienstpflicht ist von einer Disziplinarstrafe Umgang zu nehmen, wenn Belehrung, Mahnung oder Warnung ausreichen⁴. Die Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis und die disziplinarische Entlassung dürfen nur verfügt werden, wenn sich der Beamte schwerer oder fortgesetzter Dienstpflichtverletzungen schuldig gemacht hat⁵.

Keine Disziplinarstrafen sind die administrative Versetzung im Sinne von Art. 9 BBtG, die Umgestaltung oder Auflösung des Dienstverhältnisses aus wichtigen Gründen, die Nichtwiederwahl nach Ablauf der Amtsdauer und die Kürzung oder der gänzliche Entzug des Ruhegehaltes.

2. Die Disziplinarbehörden

Die *Disziplinalgewalt* steht in der Regel der Wahlbehörde zu, die aber — wenigstens mit Bezug auf leichtere Disziplinarstrafen (Verweis, Buße) — ihre Befugnisse nachgeordneten Amtsstellen übertragen kann⁶.

³ Vgl. Art. 23 Abs. 2 BtO I; analog z. B. § 28 Abs. 1 BtG Luzern; Art. 36 Abs. 1 BtG Waadt.

⁴ Vgl. Art. 23 Abs. 1 BtO I.

⁵ Vgl. Art. 31 Abs. 4 BBtG. Vgl. auch BGE 74 I 89, Erw. 2—5 und 76 I 252 ff.

⁶ So ausdrücklich z. B. § 12 Abs. 1 BtG Basel-Stadt; Art. 37 BtG Waadt; Art. 33 Abs. 1 BBtG.

Oberste *Disziplinarbehörden* sind:

1. für die *Verwaltungsbeamten*, im Bund der Bundesrat, in den Kantonen in der Regel der Regierungsrat;
2. für die *Justizbeamten*, im Bund die eidgenössischen Gerichte, in den Kantonen in der Regel die obersten kantonalen Gerichte ⁷.

Gegen Disziplinarentscheide, durch die ein Bundesbeamter während der Amtsdauer wegen Verletzung seiner Dienstpflichten entlassen oder in das provisorische Dienstverhältnis versetzt wurde, ist nach Art. 117 OG die *Beschwerde an das Bundesgericht* zulässig ⁸. Heißt das Bundesgericht die Beschwerde gut, so kann es dem zu Unrecht entlassenen Beamten eine Entschädigung zusprechen oder seine Wiederanstellung anordnen, eine ungerechtfertigte Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis aufheben, eine zu hart erscheinende Strafe mildern oder den Disziplinarfall an die Vorinstanz zurückweisen ⁹.

II. Sonstige Folgen

1. Beamtenrechtliche Vereinsverbote

Eine persönliche Meinung kann auf die mannigfaltigste Weise zum Ausdruck gebracht werden, so namentlich auch durch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Vereinigung und durch die Betätigung im Sinne ihrer Statuten. Begeht nun ein Beamter durch eine derartige Betätigung eine Dienstpflichtverletzung, so wird er hiefür disziplinarisch bestraft. Sein Verhalten kann aber darüber hinaus Anlaß geben, den Beamten ganz generell zu verbieten, der betreffenden Vereinigung anzugehören, wenn sich herausstellt, daß diese Vereinigung die Beamten an der Erfüllung ihrer allgemeinen Treuepflicht gegenüber dem Staate und an der gewissenhaften Wahrung seiner Interessen, auch außerhalb des Dienstes, hindert oder doch hindern kann. Ein solches Verbot steht mit der verfassungsmäßig garantierten Vereinsfreiheit nicht in Widerspruch, wie auch das Bundesgericht ausdrücklich anerkannte ¹⁰. Die Freiheitsrechte stehen den Beamten eben nur unter dem Vorbehalt ihrer Pflichten zu.

⁷ Vgl. Art. 33 Abs. 1 BBtG; ferner z. B. § 29 BtG Luzern; § 31 Abs. 4 BtG Glarus; § 22 BtG Basel-Land.

⁸ Vgl. insbes. Emil Kirchhofer, Die Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht, ZSR NF 52 S. 1—48. — Auf die Besonderheiten der kantonalen Disziplinarrechtspflege kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht eingetreten werden. Vgl. dazu die im Literaturverzeichnis zit., z. T. allerdings überholten Arbeiten von Ducloux (Luzern), Graf (St. Gallen), Nägeli (Zürich) und Schaller (Zug).

⁹ Vgl. Art. 123 OG.

¹⁰ Vgl. BGE 65 I 244.

2. Nichtwiederwahl nach Ablauf der Amtsdauer

Mit Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Amtsdauer findet das Beamtenverhältnis von Rechts wegen sein Ende¹¹, sofern nicht eine Wiederwahl erfolgt, was durchwegs die Regel bildet; ja, die periodische Wiederwahl ist geradezu zu einem festen Prinzip geworden, von dem ohne schwerwiegende Gründe nicht mehr abgewichen wird¹². Die Wahlbehörde entscheidet jedoch grundsätzlich nach *freiem Ermessen* über die Erneuerung des Dienstverhältnisses¹³; der Beamte hat *keinen Rechtsanspruch auf Wiederwahl*¹⁴. Damit hat es die Wahlbehörde aber, unter Vorbehalt des Willkürverbotes, in der Hand, einen Beamten wegen einer ihr mißfallenden Meinungsäußerung von der Wiederwahl auszuschließen¹⁵. Auf diese Weise können Beamte unter Umständen auch für Meinungsäußerungen gemäßregelt werden, die nach objektivem Urteil eine disziplinarische Bestrafung, insbesondere eine Entlassung, nicht zu rechtfertigen vermöchten¹⁶.

¹¹ Eine Ausnahme stellt in dieser Beziehung das waadtländische Beamtengesetz dar, dem das Institut der Amtsdauer völlig fremd ist (vgl. Art. 86 BtG Waadt). Die waadtländischen Beamten sind somit Beamte auf Lebenszeit; in diesem Sinne ist der Kanton Waadt ein Beamtenstaat (vgl. hierzu Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat, bes. S. 38).

¹² Vgl. Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat 38, BStR 254; Giacometti, StR d. Kte. 285; Fleiner/Giacometti 666, 669; ImHof 275a.

¹³ Vgl. Art. 57 Abs. 1 BBtG.

¹⁴ Die Nichtwiederwahl darf aber nicht zum Zwecke der Umgehung des Disziplinarverfahrens und des dem Beamten in diesem Verfahren gewährten Rechtsschutzes erfolgen. So bestimmte z. B. Art. 6 des BRB vom 23. Juli 1932 über die Wiederwahlen der Bundesbeamten für die am 1. Januar 1933 beginnende Amtsdauer: «Will die Wahlbehörde den Beamten wegen Verletzung der Dienstpflicht von der Wiederwahl ausschließen oder die Wiederwahl an besondere Bedingungen knüpfen, so ist hiefür das Disziplinarverfahren zu eröffnen; nötigenfalls ist der Entscheid über die Wiederwahl bis nach Durchführung des Verfahrens zu verschieben.» Vgl. dazu Emil Kirchhofer S. 19 und N 44 daselbst.

¹⁵ Jede willkürliche Handhabung des freien Ermessens bedeutet eine Nichtanwendung von Art. 4 BV, da diese Verfassungsvorschrift ein allgemeines Willkürverbot für alle staatlichen Organe enthält (vgl. dazu Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 66 f.). Ist eine Nichtwiederwahl willkürlich, so kann sie der Betroffene somit mit der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV beim Bundesgericht anfechten. Diese Möglichkeit hat allerdings nur der kantonale Beamte, da sich die staatsrechtliche Beschwerde nur «gegen kant. Erlasse und Verfügungen» richtet (vgl. Art. 84 und 87 OG).

¹⁶ Eine Nichtwiederwahl wegen mißliebiger Meinungsäußerungen seitens eines Beamten ist m. W. bisher einzig im «Fall Mutzner» erfolgt (vgl. darüber eingehend § 10, I, 2 hiernach).

3. Die sogenannte administrative Entlassung

Nach Bundesrecht kann laut ausdrücklicher Vorschrift das Dienstverhältnis vor Ablauf der Amtsdauer außer durch disziplinarische Entlassung auch aus wichtigen Gründen aufgelöst werden¹⁷. Das ist die sog. administrative Entlassung. Sie ist z. T. auch im kantonalen Recht anerkannt, sei es kraft ausdrücklicher Vorschrift, sei es in Anlehnung an Art. 352 OR¹⁸. Als wichtige Gründe gelten dabei, neben den im Gesetz ausdrücklich genannten speziellen Tatbeständen, ganz allgemein alle Umstände, welche eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses nach Treu und Glauben als unzumutbar erscheinen lassen¹⁹. Ein derartiger Umstand kann aber gegebenenfalls auch in einer Meinungsäußerung liegen. Es ist m. a. W. möglich, einen Beamten wegen einer Meinungsäußerung administrativ zu entlassen, wenn sie eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses als unzumutbar erscheinen läßt. Eine solche Entlassung darf aber nicht zum Zwecke der Umgehung des Disziplinarverfahrens und der dem Beamten in diesem Verfahren zustehenden Rechte erfolgen²⁰. Sie ist zudem nur unter denselben Voraussetzungen wie beim privatrechtlichen Dienstvertrag zulässig²¹.

¹⁷ Vgl. Art. 55 BBtG.

¹⁸ Das Bundesgericht hat die Frage, ob Art. 352 OR auf das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis analog angewendet werden dürfe, und die weitere Frage, ob ein Beamter, dem ausschließlich Disziplinarfehler vorgeworfen werden, nicht nur disziplinarisch, sondern auch administrativ entlassen werden dürfe (was nach Bundesbeamtenrecht nicht angeht, BGE 59 I 299, 56 I 494 ff.), bejaht, jedoch nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (vgl. BGE vom 13. Juni 1936 i. S. Bühler, abgedruckt in BIZR 35 Nr. 143 S. 315 ff.). — Ausdrücklich vorgesehen ist die administrative Entlassung z. B. in Art. 17 I BtG Bern; Art. 51 BtG Freiburg; § 56 BtG Solothurn; Art. 7 BtG St. Gallen; Art. 71 BtG Graubünden; Art. 89 BtG Waadt; Art. 62 BtG Neuenburg. — Unzulässig erscheint sie dagegen z. B. nach § 16 Abs. 1 BtG Basel-Stadt. — Zweifelhaft ist ihre Zulässigkeit im aarg. Recht (vgl. BGE 75 II 332, insbes. Erw. 4 der im Regierungsrätlichen Bericht vom 3. April 1950 i. S. Dr. H. Ammann vollständig wiedergegebenen Motive).

¹⁹ So ausdrücklich Art. 55 Abs. 2 BBtG; Art. 7 BtG St. Gallen; § 56 Abs. 1 BtG Solothurn; Art. 89 Abs. 3 BtG Waadt und die übrigen in N 18 zit. BtG.

²⁰ So bestimmt z. B. Art. 89 Abs. 5 BtG Waadt ausdrücklich: «Lorsque les faits invoqués constituent ou impliquent une faute de service, seule une sanction disciplinaire peut être prononcée et non le renvoi pour justes motifs.» Ähnlich die übrigen in N 18 zit. BtG. Das ist auch die Auffassung des Bundesgerichtes; vgl. BGE 56 I 494 ff.; 59 I 299; Zentralblatt 32 (1931) S. 170 ff. Vgl. auch N 14 hievor.

²¹ Vgl. insbes. BGE 75 II 332. — Dazu gehört vor allem, daß das Dienstverhältnis unverzüglich nach Bekanntwerden des wichtigen Grundes aufgelöst wird. Längeres Zuwarten zeigt, daß die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht unzumutbar ist.

4. Der Entzug des Ruhegehaltes

Die allgemeine Treuepflicht und die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bleiben auch nach Auflösung des Dienstverhältnisses bestehen²². Verletzt nun ein pensionierter Beamter durch eine Meinungsäußerung eine dieser Pflichten, so kann er hiefür allerdings nicht disziplinarisch bestraft werden. Mit Beendigung des Dienstverhältnisses ist die Dienstpflicht und mit ihr auch die disziplinarische Verantwortlichkeit eben dahingefallen. Dagegen kann ihm der Anspruch auf Ruhegehalt, je nach der Schwere seines Verschuldens, gekürzt oder gänzlich entzogen werden.

5. Die öffentliche Kritik

Wenn die Meinungsäußerung eines Beamten die Grenzen des Zulässigen nur um ein Geringes überschreitet, werden Rechtsfolgen wie die genannten in der Regel unterbleiben. Es kann nicht die Aufgabe der staatlichen Organe sein, jeden kleinsten Verstoß gegen die Rechtsordnung mit Strafen oder strafähnlichen Maßnahmen zu ahnden. In solchen Fällen sorgt aber nicht selten die öffentliche Kritik für Zurechtweisung des Fehlbaren²³.

6. Strafrechtliche und zivilrechtliche Folgen

Die Meinungsäußerung eines Beamten kann unter Umständen auch strafrechtliche und zivilrechtliche (besser: vermögensrechtliche) Folgen nach sich ziehen. Man denke etwa an Äußerungen, die den Tatbestand einer Kreditschädigung (Art. 160 StGB), einer Ehrverletzung (Art. 173 ff. StGB) oder einer Verletzung des Amtsheimnisses (Art. 320 StGB) erfüllen. Auf derartige Fälle kann jedoch im Rahmen dieser Abhandlung nicht eingetreten werden, schon deshalb nicht, weil sie keine spezifisch beamtenrechtlichen Aspekte bieten.

Die folgende Kasuistik umfaßt nicht nur Disziplinarentscheide, sondern auch Fälle, in denen Meinungsäußerungen von Beamten zu irgendeiner andern der unter Ziff. 1—6 genannten Folgen führten.

²² Vgl. hiezu § 6, I, betr. Treuepflicht und § 7, III, 3, c betr. Pflicht zur Amtsverschwiegenheit.

²³ Vgl. insbes. § 9, III, Ziff. 3 über die Auswirkungen der «Eingabe der 200» auf Behördemitglieder und kantonale Beante unter den Petenten.

Auf Vollständigkeit mußte zum vornherein verzichtet werden. Die getroffene Auswahl von Beispielen soll vor allem die aktuellste Seite des Problems illustrieren: die Frage, welche Anforderungen an die politische Einstellung und Betätigung eines Beamten nach schweizerischer Auffassung zu stellen sind. Für die Einteilung der Beispiele erschien maßgebend, welche Dienstpflicht der Beamte durch seine Meinungsäußerung im konkreten Fall verletzt hatte.

§ 9. Beschränkungen auf Grund der Treuepflicht

I. Maßnahmen gegen kommunistische Beamte

1. Allgemeines

Es besteht kein Zweifel, daß nach schweizerischer Auffassung *jede kommunistische Organisation*, nenne sie sich wie sie wolle, eine in ihren Zwecken wie in ihren Mitteln *staatsgefährliche und rechtswidrige Vereinigung* ist¹ und deshalb nicht unter dem Schutz der verfassungsmäßig gewährleisteten Vereinsfreiheit (Art. 56 BV) steht. Daraus folgt, daß es *verfassungsrechtlich jederzeit zulässig* wäre, die *kommunistischen Organisationen in der Schweiz aufzulösen und ihnen jede Tätigkeit zu untersagen*. Das sei hier mit allem Nachdruck und vorbehaltlos festgestellt.

Wenn heute trotzdem wieder kommunistische Organisationen geduldet werden (man denke an die sog. «Partei der Arbeit»)², so hat das verschiedene, vorwiegend *politische* Gründe.

Einmal erscheint das schweizerische Staatswesen dank der freiheitlichdemokratischen Einstellung der überwiegenden Mehrzahl seiner Bürger stark genug, um der kommunistischen Gefahr in Friedenszeiten auch ohne Parteiverbote Herr zu bleiben. Solange der Kom-

¹ Der Beweis für die Staatsgefährlichkeit und die Rechtswidrigkeit des Kommunismus kann im Rahmen dieser Abhandlung allerdings nicht angetreten werden. Es sei dafür auf den überaus aufschlußreichen Bericht des Bundesrates vom 21. Mai 1946 über die antidemokratische Tätigkeit von Schweizern und Ausländern im Zusammenhang mit dem Kriegsgeschehen 1939/1945, 3. Teil (BB1 1946 II 212—271) und das darin verarbeitete, äußerst umfangreiche Material (insbes. die BGE 61 I 264 ff.; 63 I 281 ff.; 68 IV 145 ff.; 69 IV 12 ff., 30 ff.) verwiesen.

² Vgl. hiezu den in N 1 hievor erwähnten Bericht des Bundesrates S. 270.

munismus eine vorwiegend geistige Gefahr für das Land bleibt, genügt auch die *geistige Verteidigung*, die hauptsächlich den politischen Parteien und der Presse obliegt.

Sodann ist der freiheitliche und demokratische Staat grundsätzlich *Parteiverboten* feind. Sie sollen stets nur als *allerletzte Mittel* angewendet werden, denn die Anerkennung einer möglichst unbeschränkten Freiheit der politischen Gesinnung und Betätigung ist eines der obersten Grundprinzipien des schweizerischen Verfassungsrechts. Die Toleranz dem Antiliberalen gegenüber geht allerdings dann zu weit, wenn sich der Liberalismus damit selbst gefährdet.

Gegen Parteiverbote spricht schließlich auch die Tatsache, daß die Tätigkeit verbotener Organisationen erwiesenermaßen viel schwieriger zu überwachen ist als diejenige erlaubter.

In Anbetracht der Staatsgefährlichkeit und der Rechtswidrigkeit des Kommunismus sah sich der Bundesrat schon kurz nach dem ersten Weltkrieg veranlaßt, der Frage, ob die Zugehörigkeit zur kommunistischen Partei oder zu einer ihrer Organisationen mit der Bekleidung eines Bundesamts vereinbar sei, größte Aufmerksamkeit zu schenken. Mit Beschluß vom 23. Juni 1919 beauftragte er das eidg. Justiz- und Polizeidepartement, zu prüfen, ob nicht alle diejenigen Personen grundsätzlich aus der Bundesverwaltung entfernt werden sollten, die kommunistische Propaganda trieben. Das Departement kam diesem Auftrag mit Gutachten vom 1. Juli 1919 nach und führte darin u. a. aus: «Nach schweizerischer Auffassung muß den Beamten für ihre politische Überzeugung und ihre politische Tätigkeit die größte Freiheit gewahrt bleiben. Dieser Grundsatz beruht aber auf der Voraussetzung, daß diese politische Tätigkeit nur abziele auf *Veränderungen innerhalb des bestehenden Staates und im Rahmen des demokratischen Gedankens*. Der Staat kann in seinem eigenen Organismus nicht Elemente dulden, die an seiner Zerstörung arbeiten.»³

Trotz dieser Auskunft glaubte der Bundesrat — offenbar aus rein politischen Gründen — damals noch davon absehen zu müssen, die Kommunisten *generell* vom Bundesdienst auszuschließen⁴. Das hinderte ihn indessen nicht daran, umso rücksichtsloser gegen diejenigen Beamten vorzugehen, die sich durch ihre Tätigkeit als Mitglieder der kommunistischen Partei eine Verletzung ihrer Dienstpflichten zuschulden kommen ließen. So wurden in den Jahren 1919 bis 1931

³ Vgl. Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 721, I.

⁴ Vgl. André Grisel 72.

mehrere kommunistische Beamte disziplinarisch entlassen⁵. Dieses Vorgehen war widerspruchsvoll. Während man den Beamten einerseits gestattete, der kommunistischen Partei anzugehören, verbot man ihnen andererseits, den Pflichten nachzukommen, die den Mitgliedern der kommunistischen Partei bekanntermaßen obliegen⁶.

2. Kollektive Maßnahmen

Wie das Bundesgericht mit Recht anerkannte, darf den Beamten ohne Verletzung der verfassungsmäßig garantierten Vereinsfreiheit untersagt werden, «Vereinen anzugehören, welche sie an der Erfüllung ihrer allgemeinen Treuepflicht gegenüber dem Staat und an der gewissenhaften Wahrung seiner Interessen, auch außerhalb des Dienstes, hindern oder doch hindern können», und zwar selbst dann, wenn das Beamtenrecht eine dahingehende Vorschrift nicht enthält⁷. Zum Erlaß eines derartigen Verbotes ist nach Bundesbeamtenrecht ausschließlich der Bundesrat zuständig⁸; in den Kantonen steht diese Kompetenz m. E. dem Regierungsrat zu⁹.

a) Das Verbot der Zugehörigkeit zur «Gewerkschaft des Bundespersonals Basel und Umgebung»

Der Bundesrat machte von der ihm eingeräumten Kompetenz zum Erlaß beamtenrechtlicher Vereinsverbote erstmals im Jahre 1931 Gebrauch, als er, gestützt auf Art. 13 Abs. 2 BBtG, den Bundesbeamten verbot, der «Gewerkschaft des Bundespersonals Basel und Umgebung» anzugehören¹⁰. Die von dieser Gewerkschaft verfolgten Zwecke und die zu ihrer Verwirklichung vorgesehenen Mittel waren mit denen der kommunistischen Partei identisch. Deren Parteiprogramm von 1922 schrieb den Gewerkschaften aber vor, ihr Hauptaugenmerk auf die Organisation des «proletarischen Massenkampfes»

⁵ Vgl. § 9, I, 3 hiernach.

⁶ Auf diesen Widerspruch weist insbes. auch André Grisel 72 hin.

⁷ Vgl. dazu den grundlegenden BGE 65 I 244 und insbes. § 14, III, 1 hiernach.

⁸ Art. 13 Abs. 2 (letzter Satz) BBtG. — Vgl. dazu auch § 14, III, 2, c hiernach.

⁹ Der Regierungsrat ist in der Regel oberste Disziplinarbehörde (vgl. § 8, I, 2 hievon) und hat als solche dafür zu sorgen, daß die Beamten ihren Dienstpflichten nachkommen. Es muß ihm deshalb auch die Kompetenz zugestanden werden, den Beamten die Zugehörigkeit zu einem Verein zu untersagen, wenn sich herausstellt, daß er sie an der Erfüllung dieser Pflichten hindert oder doch hindern kann. Ausdrücklich anerkannt ist diese Kompetenz des Regierungsrates im Kanton Luzern (§ 54 Abs. 2 letzter Satz BtG) und im Kanton Waadt (Art. 72 Abs. 2 BtG).

¹⁰ Vgl. den BRB vom 16. Februar 1931.

zu richten und insbesondere «Massenaktionen» wie Streiks in Verbindung mit Demonstrationen vorzubereiten ¹¹. Das Verbot erfolgte somit zu Recht.

b) Der Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung

Als der Bundesrat die Wirkungslosigkeit der (unter lit. a hievor) erwähnten Einzelmaßnahme erkannte, schritt er Ende 1932 zum generellen Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung, indem er mit Beschluß vom 2. Dezember 1932 feststellte, daß die kommunistische Partei der Schweiz eine unter Art. 13 Abs. 2 BBtG fallende Vereinigung sei und allen Bundesbeamten die Zugehörigkeit zu dieser Partei oder die Mitwirkung an einer kommunistischen Organisation verbot ¹². Dieser Bundesratsbeschluß wurde im Jahre 1937 durch einen weiteren ergänzt, der eine ganze Reihe von Vereinigungen als kommunistische Organisationen (im Sinne von Art. 1 des erwähnten BRB vom 2. Dezember 1932) bezeichnete, jede Mitwirkung an diesen Organisationen mit der Aufnahme bzw. dem Verbleiben im Bundesdienste unvereinbar erklärte und diese Unvereinbarkeit ausdrücklich auch auf die Mitwirkung an allfälligen Ersatzorganisationen ausdehnte ¹³.

Auf Grund dieser beiden Erlasse wurden die kommunistischen Beamten in Anwendung von Art. 55 BBtG aus dem Bundesdienste entlassen, und zwar galt eine solche Entlassung mit Bezug auf die Ansprüche an die Versicherungskasse für die eidgenössischen Beamten, Angestellten und Arbeiter und an die Pensions- und Hilfskasse für

¹¹ Vgl. dazu Walter Fischler 139 N 17 und André Grisel 72 f. und 110; siehe auch § 14, III, 2, d hiernach.

¹² Vgl. Art. 1 des BRB vom 2. Dezember 1932 über den Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung (AS 48, 780); siehe auch Fleiner/Giacometti 381 f. N 39, 675 N 26.

¹³ Vgl. BRB vom 16. Februar 1937 über die Ergänzung desjenigen vom 2. Dezember 1932 über den Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung (AS 53, 101), bes. Art. 1. Danach galten folgende Organisationen als kommunistisch:

1. Bund der Freunde der Sowjetunion,
2. Internationale Arbeiterhilfe,
3. Internationale Rote Hilfe,
4. Verband proletarischer Freidenker,
5. Verband proletarischer Esperantisten,
6. Sektionen der Roten Gewerkschaftsinternationale,
7. Sektionen der Roten Sportinternationale.

das Personal der schweizerischen Bundesbahnen als selbstverschuldet, was den Verlust dieser Ansprüche zur Folge hatte ¹⁴.

c) Das Halten kommunistischer Zeitungen durch Beamte

Nach dem generellen Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung wurde von Seiten des eidgenössischen Post- und Eisenbahndepartementes die Frage aufgeworfen, ob es den Beamten trotzdem unbenommen bleibe, kommunistische Presseerzeugnisse zu halten.

In seinem Gutachten vom 13. März 1933 führte das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hiezu aus, das Kaufen und Lesen kommunistischer Bücher und Zeitungen sei an sich, außerhalb der Diensträume, nicht verboten. Das Abonnieren oder das regelmäßige Kaufen einer kommunistischen Zeitung bilde aber ein *Indiz für die Mitwirkung an einer kommunistischen Organisation*, nicht bloß ein Indiz kommunistischer Gesinnung, die nicht verboten sei. Umsomehr als mit der Parteimitgliedschaft u. a. die Verpflichtung zum Halten der Parteipresse übernommen werde, dürfe darin, daß ein formell aus der Partei Ausgetretener das Parteiblatt weiterhin halte, eine Mitwirkung an einer kommunistischen Organisation erblickt werden. Trotzdem er ausgetreten sei, befolge er tatsächlich diese Mitgliedschaftspflicht, was darauf schließen lasse, daß seine Zugehörigkeit zur Organisation nicht ganz aufgehört habe. Auf Anfragen könne daher geantwortet werden, daß nach dem BRB vom 2. Dezember 1932 dem Bundespersonal auch eine versteckte Mitwirkung an kommunistischen Organisationen untersagt sei und daß das Halten von kommunistischen Zeitungen vermuten lasse, daß eine solche verbotene Mitwirkung vorliege ¹⁵.

Wenn mit diesen Ausführungen behauptet werden sollte, durch den erwähnten BRB vom 2. Dezember 1932 sei dem Bundespersonal schlechthin verboten worden, kommunistische Zeitungen zu halten, so könnte dem nicht beigespflichtet werden ¹⁶. Mußte aus dem Halten solcher Presseerzeugnisse tatsächlich auf eine verbotene Mitwirkung an einer kommunistischen Organisation geschlossen werden — was sich stets nur im konkreten Fall beurteilen ließ —, so war der betreffende Beamte allerdings wegen dieser Mitwirkung zu entlassen.

¹⁴ Vgl. Art. 3 des BRB vom 2. Dezember 1932.

¹⁵ Vgl. Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden Heft 7 (1933) Nr. 15.

¹⁶ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti 675 N 26.

Stand er aber als Gegner des Kommunismus solchen Organisationen erwiesenermaßen fern, so durfte ihm m. E. nicht verboten werden, kommunistische Zeitungen zu halten. Er konnte dies ja aus dem durchaus achtungswerten Beweggrund tun, sich durch deren regelmäßige Lektüre ein objektives Urteil über die kommunistische Gefahr zu bilden. Diese Möglichkeit mußte gerade auch dem Beamten gewahrt bleiben. Es konnte vernünftigerweise nicht der Sinn des BRB vom 2. Dezember 1932 sein, auch einem *Gegner* des Kommunismus zu verbieten, die kommunistische Parteipresse zu verfolgen. Damit soll freilich nicht bestritten werden, daß das Halten solcher Zeitungen *in der Regel* als Indiz für die verbotene Mitwirkung an einer kommunistischen Organisation angesehen werden durfte.

d) Der Ausschluß der Kommunisten aus dem Staatsdienst einzelner Kantone

Dem Beispiel des Bundes folgend, schlossen in den Dreißigerjahren auch einzelne Kantone die Kommunisten vom Staatsdienste aus¹⁷, so Basel-Stadt¹⁸, Neuenburg¹⁹ und Genf²⁰. Auf die betreffenden Erlasse näher einzugehen, erübrigt sich. Sie sind einander in-

¹⁷ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti 382 N 39; André Grisel 81 N 80.

¹⁸ Vgl. das vom Großen Rat in Ausführung eines vom Volke angenommenen Initiativbegehrens erlassene Gesetz vom 1. September 1938 über den Ausschluß der Kommunisten und der Angehörigen anderer staatsgefährlicher Organisationen vom öffentlichen Dienst. — Der von einer der betroffenen, nicht-kommunistischen Organisationen wegen angeblicher Verletzung von Art. 4 und 56 BV gegen das zit. Gesetz angestrengte staatsrechtliche Rekurs wurde vom Bundesgericht abgewiesen (vgl. BGE 65 I 236 ff.; siehe auch Ernst Abderhalden 95 N 1). — Das zit. Gesetz wurde durch dasjenige vom 12. April 1945 *aufgehoben*.

¹⁹ Das neuenburgische Gesetz vom 23. Februar 1937 erklärte die kommunistische Partei und ihre Organisationen für staatsgefährlich und rechtswidrig und bestimmte in Art. 3: «L'exercice d'un mandat public et d'une fonction administrative ou pédagogique est déclaré incompatible avec le fait d'être membre du parti communiste, d'une organisation qui s'y rattache ou qui s'en inspire.» Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung war weiter als derjenige des BRB vom 2. Dezember 1932 über den Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung, denn sie richtete sich auch gegen Personen, «qui, sans se rattacher à une organisation illicite, se livrent à une activité quelconque destinée à propager le communisme, l'anarchie ou d'autres doctrines préconisant ou comportant le renversement, par la violence, d'institutions démocratiques».

²⁰ Vgl. Arrêté du Conseil d'Etat du 8 décembre 1936, interdisant à tous les fonctionnaires, employés et ouvriers de l'Etat de Genève d'appartenir au Parti communiste ou de participer à une organisation communiste (Feuille d'avis officielle Nr. 296 vom 18. Dezember 1936; vgl. auch Mémorial des séances du Grand Conseil 1937 Nr. 1 S. 47 ff., wo Staatsrat Picot das Verbot begründete).

haltlich durchwegs sehr ähnlich ²¹ und stimmen im wesentlichen mit dem näher dargelegten BRB vom 2. Dezember 1932 über den Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung (vgl. lit. b hievor) überein ²².

e) Die Auflösung der kommunistischen Partei der Schweiz

Nachdem der Bundesrat seit dem Jahre 1936 immer strengere Maßnahmen gegen die kommunistischen Umtriebe in der Schweiz ergriffen hatte ²³, schritt er schließlich Ende 1940, zu Beginn des zweiten Weltkrieges, gestützt auf Art. 102 Ziff. 9 und 10 BV und die ihm eingeräumten außerordentlichen Vollmachten ²⁴, zur *Auflösung sämtlicher in der Schweiz bestehenden kommunistischen Organisationen* und verbot ihnen, wie auch allfälligen Ersatzorganisationen, jede Tätigkeit ²⁵. Die Übernahme ausländischer revolutionärer

²¹ Hingegen weichen sie ihrer Rechtsnatur nach von einander ab. Der baselstädtische und der neuburgische Erlaß sind Gesetze, der genferische dagegen ist ein Staatsratsbeschluß (vgl. hiezu auch N 9 hievor).

²² Neben solchen Unvereinbarkeitsbestimmungen wurden z. B. in den Kantonen Uri, Schwyz, Waadt, Neuenburg und Genf auch generelle Kommunistenverbote erlassen. Vgl. den in N 1 zit. Bericht des Bundesrates BBl 1946 II 234.

²³ Die Maßnahmen folgten sich z. T. kurz hintereinander:

1. BRB vom 3. November 1936 betr. Maßnahmen gegen die kommunistischen Umtriebe in der Schweiz;
2. BRB vom 27. Mai 1938 betr. Maßnahmen gegen staatsgefährliches Propagandamaterial;
3. BRB vom 5. Dezember 1938 betr. Maßnahmen gegen staatsgefährliche Umtriebe zum Schutze der Demokratie;
4. BRB vom 4. Dezember 1939 betr. das Verbot der staatsgefährlichen Propaganda in der Armee;
5. BRB vom 6. August 1940 über Maßnahmen gegen die kommunistische und anarchistische Tätigkeit.

Vgl. auch den in N 1 zit. Bericht des Bundesrates (BBl 1946 II 233 ff.).

²⁴ Vgl. Art. 3 des Bundesbeschlusses vom 30. August 1939 über Maßnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität (BS 1, 87).

²⁵ Vgl. BRB vom 26. November 1940 betr. die Auflösung der kommunistischen Partei der Schweiz (AS 56, 1861), dazu BRB vom 17. Dezember 1940 über den Vollzug des BRB betr. die Auflösung der kommunistischen Partei der Schweiz (AS 56, 2005); Verfügung I des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 27. Januar 1941 betr. die Auflösung kommunistischer Organisationen; Verfügung II des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 5. September 1941 betr. die Auflösung kommunistischer Organisationen. — Neben den der III. und IV. Internationale angeschlossenen Verbänden galten folgende Organisationen als kommunistisch:

Nach der zit. Verfügung I:

1. die Rote Hilfe Schweiz;
2. die Freunde der Sowjetunion;
3. die «Sozialistische Jugend» mit ihren Untergruppen, insbes. die Sozialistische Studentengruppe;
4. die Rundschaunachrichten-Agentur in Zürich;

Kampfmethoden zur Eroberung der politischen Macht konnte in der schweren Kriegszeit mit ihren außenpolitischen Gefahren nicht zugelassen werden ²⁶.

In seinem Beschluß schrieb der Bundesrat ausdrücklich vor, daß Kommunisten nicht Mitglieder von Behörden des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde sein durften ²⁷. Über den Ausschluß ihrer kommunistischen Mitglieder hatten die Behörden selbst zu entscheiden, wobei sich jedoch der Bundesrat Beschlüssen der Kantons- und Gemeindebehörden gegenüber seinen Entscheid vorbehielt ²⁸. In der Folge wurden verschiedene Kommunisten aus Behörden ausgeschlossen ²⁹.

Die angeführten Maßnahmen hatten indessen nicht mehr spezifisch beamtenrechtlichen Charakter wie die (unter lit. a, b und d) erwähnten früheren Erlasse. Das Verbot richtete sich nicht mehr an die Beamten allein, sondern galt in gleicher Weise für alle Bürger. Für die Beamten ergab sich allerdings die Besonderheit, daß die Zugehörigkeit oder die Tätigkeit in einer der verbotenen Organisationen

5. die Interessengemeinschaft der Spanienfreiwilligen;
6. die Buchhandlung Stauffacher in Zürich;
7. der Arbeitermännerchor Union in Zürich;
8. die Arbeitermusik Union (Schalmeienmusik) in Zürich;
9. die Dreieckbuchhandlung in Basel;
10. die Feriengemeinschaft Basler Arbeiterkinder in Basel;
11. die Fédération socialiste suisse (gemäß BRB vom 27. Mai 1941 betr. die Auflösung der FSS);

nach der zit. Verfügung II:

12. die Schalmeienmusik in Zürich
13. die Sozialdemokratische Partei-Opposition;
14. der Strickzirkel Luzern;
15. die Défense populaire in Genf (gemäß BRB vom 17. April).

²⁶ Vgl. den in N 1 hievor zit. Bericht des Bundesrates (BBl 1946 II 214).

²⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 3 BRB vom 26. November 1940 betr. die Auflösung der kommunistischen Partei der Schweiz.

²⁸ Vgl. Art. 4 des BRB vom 17. Dezember 1940 über den Vollzug des BRB betr. die Auflösung der kommunistischen Partei der Schweiz.

²⁹ Am 19. Dezember 1940 schloß der Große Rat von Basel-Stadt die fünf sog. Linksunabhängigen (die vor dem Verbot der kommunistischen Partei Mitglieder derselben gewesen waren) mit großem Mehr von dieser Behörde aus. Auf eine gegen diesen Ausschluß eingereichte staatsrechtliche Beschwerde trat das Bundesgericht wegen Unzuständigkeit nicht ein; der Bundesrat wies eine entsprechende Beschwerde mit Entscheid vom 10. Oktober 1941 aus materiellen Gründen ab. Vgl. hierzu Zentralblatt 42 (1941) S. 473 f. — Mit Nationalrats-Beschluß vom 12. Juni 1941 wurden die Kommunisten Dieker, Masson, Gloor und der schweizerische Kommunistenführer und Hauptagitator Nicole aus dieser Behörde ausgeschlossen (vgl. den in N 1 hievor zit. Bericht des Bundesrates, BBl 1946 II 250).

nicht nur wie im Falle eines Nichtbeamten strafrechtliche Sanktionen, sondern auch die «Auflösung des Dienstverhältnisses aus eigenem Verschulden» zur Folge hatte ³⁰.

f) Die Aufhebung der Parteiverbote ³¹

Gegen Kriegsende wurden sämtliche *Parteiverbote*, die allgemein wie die nur für Beamte geltenden, *aufgehoben*, in der Meinung, die außenpolitische Lage erlaube es, ohne Gefahr für den Staat zu der dem schweizerischen Rechtsempfinden allein angemessenen freiheitlichen Ordnung zurückzukehren, und es sei nunmehr wieder ausschließlich Sache der öffentlichen Diskussion, sich mit extremistischen Bewegungen auseinanderzusetzen, während behördlicherseits nur noch dann einzuschreiten sei, wenn eine Gefährdung der innern oder äußern Sicherheit des Staates, insbesondere ein Verbrechen oder Vergehen gegen den Staat, befürchtet werden müsse. Die Rechtslage war damit wieder dieselbe wie vor dem Erlaß der Parteiverbote.

g) Neue Maßnahmen gegen vertrauensunwürdige Beamte

Seit Abschluß dieser Arbeit sah sich der Bundesrat neuerdings veranlaßt, mit Rücksicht auf die im Bundesdienst stehenden Kommunisten Maßnahmen zu ergreifen ³². Danach sind Dienstpflichtige,

³⁰ So ausdrücklich die dienstliche Mitteilung des eidg. Finanz- und Zolldepartementes an das Personal der allgemeinen Bundesverwaltung vom 12. Juni 1942.

³¹ Die Aufhebung erfolgte: 1. für die *generellen* Parteiverbote durch BRB vom 27. Februar 1945 betr. Maßnahmen zum Schutze der verfassungsmäßigen Ordnung und die Aufhebung der Parteiverbote, seinerseits aufgehoben durch BRB vom 29. Oktober 1948 betr. Verstärkung des Staatsschutzes (AS 1948, 1075); 2. für die *beamtenrechtlichen* Parteiverbote durch BRB vom 7. August 1945 betr. die Aufhebung von Noterlassen im Gebiete des Staatsschutzes (BS I, 90). Vgl. auch den in N I hievor zit. Bericht des Bundesrates, BBl 1946 II, 269 f. — Über die Rechtslage nach Aufhebung der Parteiverbote vgl. vorn S. 138 ff., insbes. BGE 57 I 154 ff. und André Grisel 106 f.; Max Kilchenmann 129 N 99.

³² Vgl. Weisungen des Bundesrates vom 5. September 1950 über die Auflösung des Dienstverhältnisses vertrauensunwürdiger Beamter, Angestellter und Arbeiter des Bundes (BBl 1950 II S. 789); Erläuterungen des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 7. September 1950 (NZZ Nr. 1861 vom 7. September 1950); Rundschreiben C 1859 des eidg. Personalamtes vom 7. September 1950 betr. extremistische Dienstpflichtige, Vorgehen bei den Wiederwahlen. Eine Motion Nicole (PdA) auf Widerruf der bundesrätlichen Weisungen wurde vom Nationalrat mit 130 zu 5 kommunistischen Stimmen verworfen (vgl. NZZ Nr. 2087 vom 5. Oktober 1950). Gestützt auf die Weisungen des Bundesrates wurden in der Eidg. Zentralverwaltung etwa 12, in der Militärverwaltung 50 bis 60, bei der PTT-Verwaltung rund 150 und bei den SBB rund 300 Personen

«denen nach ihrer politischen Tätigkeit das für ihre Stellung erforderliche Vertrauen nicht mehr entgegengebracht werden kann», zu entlassen. Als vertrauensunwürdig gelten Beamte, deren unbedingte Treue gegenüber dem Land zu Zweifeln Anlaß gibt. Die Entlassung aus dem Bundesdienst ist kraft ausdrücklicher Vorschrift durch Nichtwiederwahl bzw. durch Kündigung auf den nächstmöglichen Termin zu vollziehen ^{32a}.

Die Maßnahmen des Bundesrates haben in verschiedenen Kantonen erneuten Diskussionen über die Vereinbarkeit der Zugehörigkeit zu kommunistischen Organisationen mit dem Staatsdienst gerufen, ohne daß aber bisher auch auf kantonalem Boden entsprechende Weisungen erlassen worden wären ³³.

3. Einzelmaßnahmen: acht Beispiele aus der Praxis

a) Im Bunde

aa) Vor Inkrafttreten des Bundesbeamtengesetzes. Obwohl es den Bundesbeamten damals nicht untersagt war, der kommunistischen Partei anzugehören, wurden zwei Beamte wegen der Tätigkeit, die sie als Mitglieder dieser Partei entfaltet hatten, entlassen.

1. Die Entlassung des Postbeamten Emil Küng (1919) ³⁴. Als Präsident der Arbeiterunion der Stadt Zürich trat der Postbeamte Küng an einer von dieser auf den 13. Juni 1919 einberufenen öffentlichen Versammlung, die polizeilich verboten worden war, als erster Redner auf. Nach der Versammlung zog die Menge vor das Bezirksgefängnis

auf ihre Vertrauenswürdigkeit geprüft (vgl. NZZ Nr. 1861 vom 7. September 1950. Über Entlassungen bei der PTT-Verwaltung vgl. die Mitteilungen der PTT-Generaldirektion vom 16./30. September 1950 (NZZ Nr. 1945 vom 18. September 1950 und Nr. 2055 vom 2. Oktober 1950).

^{32a} Vgl. die in Verwaltungsentscheide Heft 21 (1951) Nr. 13—17 veröff. 5 Fälle von Bundesbeamten, die zufolge kommunistischer Betätigung wegen Vertrauensunwürdigkeit von der Wiederwahl ausgeschlossen wurden sowie den in der NZZ Nr. 492 vom 2. März 1954 Bl. 5 publ. Entscheid des Divisionsgerichtes 6 betr. Entsetzung eines kommunistisch gesinnten Wehrmannes vom Spezialposten eines Funkermechanikers der Armee.

³³ So im Kt. Zürich (vgl. NZZ Nr. 2081 vom 4. Oktober 1950), in der Stadt Zürich (vgl. NZZ Nr. 2664 vom 7. Dezember 1950), im Kt. Bern (vgl. NZZ Nr. 250 vom 5. Februar 1951), in der Stadt Luzern (vgl. NZZ Nr. 2251 vom 24. Oktober 1950), im Kt. Basel-Stadt (vgl. NZZ Nr. 2056 vom 2. Oktober 1950 und Nr. 1756 vom 15. August 1952). Im Februar 1954 wurde in Zürich sogar ein kommunistischer Sekundarlehrer durch Volkswahl bestätigt (NZZ Nr. 276 vom 4. Februar 1954).

³⁴ Vgl. dazu Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 721 II; André Grisel 106 f.; Max Kilchenmann 129 N 99.

und griff dasselbe an, um einen dort inhaftierten Gewerkschaftssekretär zu befreien. Bei der Abwehr dieses Angriffes durch die Polizei wurden drei Personen getötet und etwa 20 verletzt ³⁵.

Wegen seines Verhaltens, das ganz wesentlich zum *Aufbruch* beigetragen hatte, wurde Küng unverzüglich im Dienste eingestellt und nach Durchführung einer administrativen Untersuchung, rückwirkend auf den Zeitpunkt seiner vorläufigen DienstEinstellung, disziplinarisch *entlassen* ³⁶. Eine strafrechtliche Verfolgung unterblieb, da kein Deliktstatbestand erfüllt war. Eine unter Hinweis auf die politische Meinungsfreiheit gegen die Entlassung erhobene Beschwerde wies der *Bundesrat* mit Entscheid vom 23. Dezember 1919 ab, indem er u. a. ausführte:

Gegenstand eines Disziplinarvergehens sei eine Pflichtverletzung. Eine solche könne aber auch in der Verletzung der Treuepflicht durch das außerdienstliche Verhalten des Beamten liegen, soweit durch dieses letztere die Interessen des Amtes in Mitleidenschaft gezogen würden.

Nach schweizerischer Auffassung könne zwar jeder Beamte seine politische Überzeugung frei bekennen und betätigen; eine Maßregelung wegen politischer Ansichten wäre mit den staatsrechtlichen Grundsätzen unvereinbar. Die Betätigung politischer Ansichten könne indessen nur im Rahmen von Gesetz und Verfassung gestattet werden. Es sei unzulässig, daß Beamte rechtswidrige Angriffe gegen den Staat oder die Staatsgewalt verübten. Ein Beamter, der Handlungen vornehme oder herbeiführe, die sich als *Aufbruch* oder Widerstand gegen die Staatsgewalt darstellen, verletze die *Treuepflicht* so schwer, daß nur die schwerste Disziplinarstrafe, die Entlassung, in Frage komme.

2. *Die Entlassung des Postbeamten Edouard Scherrer (1923)* ³⁷. Edouard Scherrer, Postbeamter in Leysin, hatte *kommunistische Propaganda* getrieben und an die Militärpatienten des dortigen Sanatoriums *kommunistische Flugblätter* verteilt, durch welche das Treueverhältnis der Militärpersonen zum Staat untergraben werden sollte. Die Postverwaltung warf die Frage auf, ob der Beamte dieses Verhaltens wegen entlassen werden könne und solle. Das eidg. Justiz- und Polizeidepartement führte hiezu u. a. aus:

Mit dem Eintritt in den öffentlichen Dienst verpflichtete sich der Beamte namentlich zur Treue gegen den Staat. Der Inhalt dieser *Treuepflicht* gehe dahin, daß der Beamte in und außer Dienst alles unterlassen müsse, was dem Staat Schaden bringen könne. Sie hindere an sich nicht, daß sich der Beamte politisch betätige. Wenn sich seine politische Tätigkeit jedoch gegen den Staat selbst und gegen

³⁵ Vgl. dazu Burckhardt, Bundesrecht I Nr. 317.

³⁶ Entscheid des Post- und Eisenbahndepartementes vom 1. Juli 1919.

³⁷ Vgl. dazu Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 721 III; André Grisel 107 f.; Max Kilchenmann 129 N 99.

die demokratische Idee richte, auf welcher der Staat beruht, so bedeute sie die Verneinung des für die Beziehungen zwischen Staat und Beamten grundlegenden Verhältnisses und damit eine Verletzung der Treuepflicht des Beamten.

Die Entlassung des in Frage stehenden Postbeamten erscheine nach den Akten nicht nur zulässig, sondern geradezu angezeigt, weil er durch seine Machenschaften das Treueverhältnis der Wehrmänner zum Staate habe untergraben wollen³⁸.

Edouard Scherrer wurde daraufhin am 7. November 1923 von der eidg. Oberpostdirektion mit Ermächtigung des Bundesrates *entlassen*, obwohl er seine Amtsobliegenheiten stets zur Zufriedenheit seiner Vorgesetzten besorgt hatte. Zu diesem Entscheid mag nicht zuletzt der Umstand beigetragen haben, daß die politische Tätigkeit des Entlassenen unter der Bevölkerung der Gegend von Leysin derart Ärgernis erregte, daß sich die Ortsbehörden veranlaßt sahen, zu wiederholten Malen seine Entfernung zu beantragen.

In seiner *Entlassungsverfügung* erklärte das eidg. Post- und Eisenbahndepartement, der Beamte habe auch in seinem außerdienstlichen Verhalten die Zurückhaltung zu bewahren, die seine amtliche Stellung erfordere. Das Volk unterscheide in der Person des Beamten nicht zwischen dem staatlichen Organ und dem Bürger als Individuum. Das Mißtrauen, das der Beamte als Bürger erzeuge, werde ihm auch in seiner amtlichen Eigenschaft entgegengebracht. Ein Angehöriger der Verwaltung dürfe nicht zu der Befürchtung Anlaß geben, er sei als Diener einer Partei allenfalls bereit, sein Amt zu mißbrauchen. Gemessen an der Bedeutung der Pflichten eines Postbeamten, dem u. a. auch die Wahrung des Postgeheimnisses obliege, sei die Entlassung Scherrers keine zu harte Disziplinarstrafe³⁹.

Obwohl der Bundesrat die revolutionären Umtriebe der kommunistischen Partei durchaus richtig erkannte, ließ er die Frage, ob ein Beamter wegen bloßer Zugehörigkeit zu dieser Partei entlassen werden könne, offen, in der Meinung, die kommunistischen Agitationen Scherrers seien an sich schon Grund genug für seine Entlassung. Militärpersonen aufzuwiegeln, um die militärische Disziplin zu untergraben, wurde als ein mit den Pflichten eines Bundesbeamten völlig unvereinbares Verhalten angesehen.

Der Fall Scherrer hatte noch ein *parlamentarisches Nachspiel*. Im Frühjahr 1924 reichte Nationalrat Naine eine Interpellation ein, in welcher er anfragte, wie die gegen diesen Bundesbeamten ergriffenen Maßregeln angesichts der Tatsache, daß er seiner Überzeugung außerhalb des Dienstes Ausdruck gegeben habe, mit dem Grundsatz

³⁸ Vgl. Gutachten des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes Nr. 116 vom 31. August 1923. Mit Gutachten Nr. 34 vom 13. Dezember 1922 hatte die Bundesanwaltschaft die Frage, ob wegen seiner politischen Tätigkeit gegen Scherrer Strafklage zu erheben sei, verneint.

³⁹ Entscheid des Post- und Eisenbahndepartementes, durch die Postgeneraldirektion vollzogen am 7. November 1923.

der Glaubens- und Gewissensfreiheit und mit der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze zu vereinbaren seien. Der Vorsteher des Post- und Eisenbahndepartementes antwortete hierauf, der Postbeamte Scherrer sei nicht seiner politischen Ansichten wegen entlassen worden, sondern weil er bei den Militärpatienten in Leysin kommunistische und antimilitaristische Propaganda betrieben habe. Ein Beamter, der Handlungen begehe, die darauf abzielten, die bestehende Staatsorganisation umzustürzen, verstoße in grösster Weise gegen seine Amtspflicht⁴⁰.

bb) Vom Inkrafttreten des Bundesbeamtengesetzes bis zum Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung. — Da zur Anwendung von Art. 13 Abs. 2 BBtG ausschließlich der Bundesrat zuständig ist, waren die ihm unterstellten Bundesbehörden und das Bundesgericht nicht kompetent, die Kommunisten aus der Verwaltung auszuschließen, solange er nicht seinerseits die Zugehörigkeit zur kommunistischen Partei mit der Bekleidung eines Bundesamtes unvereinbar erklärt hatte. Eine derartige Unvereinbarkeitsbestimmung wurde jedoch erst durch den BRB vom 2. Dezember 1932 aufgestellt⁴¹. Das hinderte nicht, daß schon vorher drei Beamte wegen ihrer Tätigkeit als Mitglieder dieser Partei disziplinarisch entlassen wurden.

3. Das Verbot kommunistischer Manifestationen und die Entlassung des Bundesbahnbeamten G. Peyer (1929). Nach vorheriger Androhung verbot der Bundesrat mit Beschluß vom 16. März 1929 die auf den 24. März 1929 angesagte kommunistische Kundgebung gegen den Faschismus (das sog. «rote Treffen») und jede Gegendemonstration irgendwelcher Art⁴². Die Beamten der wichtigsten Verwaltungszweige wurden ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß ihre Teilnahme an den verbotenen Kundgebungen als Dienstpflichtverletzung betrachtet würde⁴³.

Im Hinblick auf die angekündigten kommunistischen Antikriegsdemonstrationen vom 1. August erklärte der Bundesrat mit Beschluß vom 30. Juli 1929, daß die Teilnahme von Beamten an diesen Kundgebungen, insbes. an Arbeitseinstellungen, als schwere Dienstpflichtverletzung angesehen würde.

Am 1. August 1929 verließ der Bundesbahnbeamte *Gustav Peyer*, Basel, der ein militantes Mitglied der kommunistischen Partei war, seinen Arbeitsplatz schon am frühen Nachmittag. Ein paar Stunden

⁴⁰ Vgl. hiezu StenBull NR 1924 S. 417/421, 431/433.

⁴¹ Vgl. Ziff. 2 lit. b hievor.

⁴² Vgl. die Bundesratsbeschlüsse vom 25. Januar, 1., 13. und 16. März 1929.

⁴³ Vgl. die dienstlichen Mitteilungen der Postverwaltung und der Telegraphen- und Telefonverwaltung vom 20. März 1929.

später wurde er inmitten einer kommunistischen Versammlung aufgegriffen und auf den Polizeiposten verbracht. Peyer, der bei seiner Verhaftung die Dienstuniform trug, behauptete, an der Kundgebung nur ganz passiv und rein zufällig teilgenommen zu haben.

Mit Urteil vom 30. August 1929 wurde Peyer vom Basler Polizeigericht wegen Teilnahme an einer von der Kantonsregierung verbotenen Versammlung zu einer Buße von Fr. 20.— verurteilt und, gestützt auf den BRB vom 30. Juli 1929 und Art. 31 Abs. 1 Ziff. 9 BBtG, von der Kreisdirektion II der schweizerischen Bundesbahnen mit Verfügung vom 10. Oktober 1929, rückwirkend auf den 2. August, disziplinarisch *entlassen* ⁴⁴.

4. *Die Entlassung des Postbeamten Jakob Fausch (1930)*. Der als fanatisches Mitglied der kommunistischen Partei bekannte Postbeamte Jakob Fausch war Leiter einer kommunistischen Betriebszelle der zürcherischen Postverwaltung.

Am 17. September 1928 hatte er versucht, an einem Schalter der Zürcher Hauptpost Briefsendungen, die für zwei politische Persönlichkeiten bestimmt waren, zurückzuhalten.

Am 28. September 1930 nahm er an einem vom Regierungsrat des Kantons Schaffhausen untersagten «roten Treffen» teil und wurde deswegen zu 6 Tagen Haft verurteilt. Schon am 12. Oktober, also nur 2 Wochen später, wohnte er in Niederweningen neuerdings einer verbotenen kommunistischen Kundgebung bei. Dieses Verhalten veranlaßte die Generaldirektion der Post-, Telegraphen- und Telephonverwaltung, Jakob Fausch mit Verfügung vom 15. Dezember 1930, gestützt auf Art. 22 und 24 BBtG, disziplinarisch zu *entlassen*.

In der Entlassungsverfügung wurde u. a. ausgeführt, aus der bloßen Tatsache, daß seine Auffassungen nicht mit denen seiner Mitbürger übereinstimmen, könne einem Beamten noch kein Vorwurf gemacht werden. Eine Dienstpflichtverletzung liege erst dann vor, wenn ein Beamter infolge schwerer Verfehlungen bei seinen Vorgesetzten und beim Publikum nicht mehr das Vertrauen genieße, welches seine amtliche Stellung erfordere. Das treffe aber namentlich dann zu, wenn er durch seine politische Tätigkeit die Rechtsordnung verletze. Ein solches Verhalten stelle eine derart schwerwiegende Verletzung der in Art. 22 und 24 BBtG umschriebenen Treuepflicht dar, daß eine Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses unmöglich sei ⁴⁵.

5. *Die Entlassung des Bundesbahnbeamten Rudolf Schmid (1930)* ⁴⁶. Der Bundesbahnbeamte Rudolf Schmid war im Frühjahr 1930 von einer Reise nach Rußland zurückgekehrt und gehörte seither der kommunistischen Partei und der kommunistischen Betriebszelle des Bahnhofes Zürich an. Anfangs Oktober 1930 verteilte er vor der

⁴⁴ Vgl. André Grisel 109 f. und Max Kilchenmann 129 f. N 99.

⁴⁵ Vgl. dazu André Grisel 110 und Max Kilchenmann 129 N 99.

⁴⁶ Vgl. dazu BGE 57 I 154 ff.; Zentralblatt 32 (1931) S. 431 f.; André Grisel 100 f.; Max Kilchenmann 129 f. N 99.

Neunuhrpause, also während der Arbeitszeit und in den Diensträumen, an vier seiner Mitarbeiter die Oktobernummer der von der kommunistischen Betriebszelle Bahnhof Zürich herausgegebenen Zeitschrift «Das rote Signal».

Die revolutionäre Tendenz dieser Zeitschrift kam in den erschienenen Heften eindeutig zum Ausdruck. Die von Schmid verteilte Oktobernummer erging sich in Ausfällen gegen die Bahnverwaltung und gegen die dem schweiz. Gewerkschaftsbund angeschlossenen Organisationen. Weitere Vorwürfe bezogen sich auf angeblich ungleiche Behandlung von Bahnarbeitern unter dem neuen Beamtengesetz. Ein besonderer Artikel kritisierte dienstliche Anordnungen eines direkten Vorgesetzten Schmid als schikanös und ungehörig.

Schmid wurde daraufhin vom 18. November 1930 an vorläufig vom Dienste enthoben und nach Durchführung eines Disziplinarverfahrens auf den Tag der DienstEinstellung disziplinarisch *entlassen* und der Leistungen der Pensions- und Hilfskasse verlustig erklärt⁴⁷. Die Entlassungsverfügung stützte sich auf die Art. 22, 24, 30 und 31 BBtG.

Eine gegen die Entlassung eingereichte Beschwerde wies das *Bundesgericht* mit Urteil vom 26. März ab, indem es u. a. ausführte:

Es handle sich nicht um eine unzulässige Anwendung von Art. 13 Abs. 2 BBtG, sondern um die *Ahnung der konkreten Betätigung* eines einzelnen Funktionärs, wozu die Bahnverwaltung zweifellos zuständig sei.

Die Verbreitung der Oktobernummer 1930 des «roten Signals» während der Arbeitszeit in den Arbeitsräumen sei eine schwere Dienstpflichtverletzung. Erscheine schon an und für sich *politische Propaganda* in den Diensträumen und während der Arbeitszeit als eine Betätigung, die geeignet sei, die Ordnung eines staatlichen Großbetriebes zu stören und brauche sie deshalb von der Verwaltung nicht geduldet zu werden, so gelte dies in besonderem Maße für die Verbreitung einer politischen Hetz- und Propagandaschrift im Betriebe. Sie müsse schon im Interesse der Ordnung und Disziplin mit energischen Disziplinarmaßnahmen zurückgewiesen werden.

Die Oktobernummer des «roten Signals» sei eine *kommunistische Hetz- und Propagandaschrift* mit dem ausgesprochenen Zweck, die Disziplin des Bahnbetriebes zu untergraben, die öffentliche Ordnung zu stören und auf gewaltsamen Umsturz hinzuarbeiten. Mit deren Verteilung an seine Mitarbeiter habe Schmid diese zu einer Betätigung aufgefordert, die auf Störung des öffentlichen Betriebes abziele, zu dessen Förderung er als Beamter gesetzlich verpflichtet gewesen sei. Damit habe er seine Dienstpflicht in schwerer Weise verletzt, was mit sofortiger Entlassung geahndet werden dürfe, auch wenn diese Betätigung nur einmal vorgekommen oder wenigstens nur in einem Falle nachgewiesen sei.

⁴⁷ Verfügung der Kreisdirektion III der schweiz. Bundesbahnen vom 18. November 1930.

cc) Unter der Herrschaft des BRB betr. Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung. — Der BRB vom 2. Dezember 1932 ist m. W. einzig in dem von André Grisel (S. 111) namhaft gemachten Falle des Telephonbeamten F. F. zur Anwendung gelangt:

6. *Versetzung ins provisorische Dienstverhältnis im Falle des Telephonbeamten F. F. (1933).* Bei der Spaltung der sozialistischen Partei der Schweiz schloß sich der Telephonbeamte F. F. jenen Elementen an, welche die kommunistische Partei bildeten, und spielte als deren Mitglied offenbar eine derart aktive Rolle, daß er Leiter der Betriebszelle der Telephonisten wurde. In der Folge behauptete er jedoch, am 16. Oktober 1932 seine Beziehungen zu kommunistischen Organisationen abgebrochen zu haben, um nicht mit den Vorschriften des Bundesbeamtengesetzes in Konflikt zu geraten. Gleichwohl wurde er aber am 1. Mai 1933, als er krankheitshalber Urlaub hatte, auf dem Platz, wo die kommunistischen Kundgebungen gewöhnlich stattfanden, dabei betroffen, wie er sich, versehen mit einem roten Parteiabzeichen, mit Mitgliedern der kommunistischen Partei Zürich unterhielt. Seine Frau und seine Kinder nahmen gleichentags an dem von kommunistischer Seite organisierten Umzug teil.

Als die zuständige Verwaltungsbehörde von diesem Verhalten des F. und seiner Familie Kenntnis erhielt, begann sie begreiflicherweise daran zu zweifeln, daß er sich tatsächlich von seinen damaligen Parteifreunden getrennt habe. Wenn die Tatsache, daß er sich mit kommunistischen Manifestanten unterhalten, ein rotes Parteiabzeichen getragen und Frau und Kinder am Umzug hatte mitmarschieren lassen, einzeln betrachtet auch nicht zwingend bewiesen, daß F. immer noch der kommunistischen Partei angehörte, so zeigten sie gesamthaft gewürdigt doch, daß zwischen ihm und den Organisationen, deren eifriges Mitglied er jahrelang gewesen war, enge Beziehungen weiterbestanden. Die Generaldirektion der Post-, Telegraphen- und Telephonverwaltung entschloß sich deshalb, F. mit Verfügung vom 4. September 1933 zu *entlassen*. Damit er aber seinen Willen, sich endgültig von der kommunistischen Partei loszulösen, beweisen könne, bot sie ihm zu den bisherigen Lohnbedingungen eine *provisorische Anstellung* an, die unter Einhaltung einer Frist von 14 Tagen jederzeit gekündigt werden konnte. F. nahm diesen Vorschlag an und wurde dank seines untadeligen Verhaltens einige Jahre später *wieder in sein früheres Amt eingesetzt* ^{47a}.

b) In den Kantonen

Nach dem Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung und aus dem Staatsdienst einzelner Kantone ⁴⁸ kam es auch in

^{47a} Vgl. auch die in N 32a zit. Einzelfälle aus jüngster Zeit.

⁴⁸ Vgl. Ziff. 2, lit. b und d hievor.

den Kantonen zu vereinzeltten Maßregelungen kommunistischer Beamter. Die folgenden zwei Fälle, mit denen sich auch das Bundesgericht zu befassen hatte, erscheinen besonders illustrativ.

7. *Vorübergehende Amtseinstellung eines solothurnischen Lehrers wegen kommunistischer Betätigung (1936)* ⁴⁹. Im Jahre 1932 hatte Lehrer W. einen längeren Urlaub nachgesucht und erhalten, um als Mitglied einer Kommission die deutschen und russischen Schulverhältnisse zu studieren. In der Folge hatte sich aber herausgestellt, daß es sich lediglich um eine Reise zu politischen Zwecken nach Rußland gehandelt hatte, wo W. in einer Rede u. a. erklärt hatte: «Ich gebe euch das Versprechen, daß ich, nach Hause gekommen, trotz Terror nicht eher ruhen werde, als bis die Schweiz zu einer Sowjet-schweiz wird.» Wegen seiner unwahren Angaben über den Reisezweck wurde W. schon damals für drei Monate *im Lehramt eingestellt*, wobei der Regierungsrat in der Disziplinarverfügung u. a. ausführte:

Er verlange von Lehrer W., daß er künftig *keiner kommunistischen Vereinigung mehr angehöre* und daß er sich jeder öffentlichen Tätigkeit im Sinn und Geist des «Bundes der Freunde der Sowjetunion» und jeder kommunistischen Propaganda als mit den Amtspflichten eines Lehrers und mit den Pflichten eines Unteroffiziers der schweizerischen Armee in Widerspruch stehend, enthalte. Sollte W. auch weiterhin durch mündliche oder anderweitige Tätigkeit sich für den Kommunismus betätigen, so behalte sich der Regierungsrat vor, neuerdings disziplinarisch gegen ihn vorzugehen, nötigenfalls unter Anwendung der schärfsten im Gesetz vorgesehenen Strafen.

Trotz dieser Warnung betätigte sich W. auch weiterhin für den Kommunismus. So beherbergte er wiederholt einen wegen Werkspionage in der Waffenfabrik Solothurn verurteilten kommunistischen Studenten. Ferner arbeitete er den von einem kommunistischen Schriftsteller verfaßten Einakter «Opfer» unter Zuspitzung auf die lokalen Verhältnisse in Mundart um und brachte das Stück unter seiner Regie zur Aufführung. Und schließlich veranlaßte er als Vorstandsmitglied einer kommunistischen Nebenorganisation die Durchführung eines Vortragsabends über das Thema «Geburtenregelung», an dem die Zuhörer hauptsächlich mit antikonzeptionellen Mitteln und deren Gebrauch bekannt gemacht wurden.

W. wurde daraufhin durch eine zweite Verfügung vom 28. Juli 1936 neuerdings wegen kommunistischer Umtriebe und pflichtwidrigen Verhaltens auf drei Monate *im Lehramt eingestellt* unter der Androhung, er werde bei nochmaligem Rückfall aus dem Lehrstande ausgestoßen.

Gegen beide Einstellungsverfügungen ergriff W. die staatsrechtliche *Beschwerde an das Bundesgericht*, das erste Mal ausschließlich unter Berufung auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 49 BV),

⁴⁹ Vgl. Zentralblatt 38 (1937) S. 219 ff.

das zweite Mal gestützt auf das Willkürverbot (Art. 4 BV). Er wurde jedoch *beide Male abgewiesen* ⁵⁰, wobei sich das Bundesgericht im wesentlichen der Argumentation der Bundesverwaltungsbehörden in ähnlichen Fällen ⁵¹ anschloß und u. a. erklärte:

Die Treuepflicht hindere an sich die politische Betätigung eines Beamten und speziell auch eines Lehrers keineswegs. Im Gegenteil, es müsse ihm in dieser Hinsicht die größtmögliche Freiheit gelassen werden. Das bedeute indessen nicht, daß diese Freiheit schrankenlos sei. Sie vertrage sich mit der Treuepflicht zum Staate vielmehr nur dann, wenn sie die Änderung der bestehenden Staatsordnung innerhalb des Rahmens des demokratischen Gedankens anstrebe. Richte sich die politische Tätigkeit gegen den Staat selbst und gegen die demokratische Idee, auf der er beruhe, so bedeute sie die Verneinung des für die Beziehungen zwischen Staat und Beamten grundlegenden Verhältnisses und damit eine Verletzung der Treuepflicht. Der Staat müsse aber in seinem eigenen Organismus nicht Elemente dulden, die an seiner Zerstörung arbeiten, denn das wäre schlechterdings widersinnig.

8. *Entzug der Lehrbewilligung wegen kommunistischer Gesinnung und Betätigung (Kanton Neuenburg 1937)* ⁵². Im Frühjahr 1937 hatten sich in La Chaux-de-Fonds im Anschluß an einen Vortrag von alt Bundesrat Musy politische Unruhen und Störungen der öffentlichen Ordnung ereignet. Als Diskussionsredner hatte an der Veranstaltung auch ein am Gymnasium tätiger Hilfslehrer, André Corswant, teilgenommen, der als eifriges Mitglied der sozialdemokratischen Partei propagandistisch eine stark linksextreme Richtung vertrat. Auf Wunsch einer großen Zahl von Eltern legte in der Folge der Staatsrat des Kantons Neuenburg den Schulbehörden von La Chaux-de-Fonds nahe, das provisorische Anstellungsverhältnis des A. C. als Stellvertreter für das Schuljahr 1937/38 nicht mehr zu erneuern. Da jedoch die Mehrheit der Schulkommission hievon nichts wissen wollte, beschloß der Staatsrat am 8. Juni 1937 — um seinem Willen Nachachtung zu verschaffen —, dem Genannten das *Recht zur Erteilung von Unterricht* an den öffentlichen Schulen des Kantons Neuenburg *auf unbefristete Zeit hinaus zu entziehen*.

Diesen Entscheid stützte der Staatsrat auf Art. 74 der Kantonsverfassung, der ihm die Obergewalt über das gesamte Schulwesen überbindet, und auf Art. 3 des neuenburgischen Antikommunistengesetzes vom 23. Februar 1937, laut welchem Angehörige der kommunistischen Partei keine öffentlichen Ämter bekleiden durften.

⁵⁰ Vgl. die unveröffentlichten BGE vom 30. Juni 1933 und vom 15. Januar 1937 i. S. W. gegen Regierungsrat des Kantons Solothurn.

⁵¹ Vgl. insbes. Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 721 I und III; siehe auch vorn § 9, I, Ziff. 1 und Ziff. 3, lit. a, aa, 2.

⁵² Vgl. Zentralblatt 39 (1938) S. 260 ff. Vgl. dagegen die in N 33 erwähnte Bestätigung eines kommunistischen Sekundarlehrers im Februar 1954 in Zürich.

Eine gegen die staatsrätliche Verfügung eingereichte Beschwerde des A.C. wies das Bundesgericht mehrheitlich ab, indem es u. a. ausführte:

Nach Art. 8 des neuenburgischen Schulgesetzes bedürfe jede Wahl an eine Schule der Genehmigung des Staatsrates. Über die Genehmigung habe der Staatsrat nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden; er sei in der Würdigung der ihm unterbreiteten Tatsachen und Verhältnisse frei, dürfe aber die Genehmigung einer Wahl nur verweigern, wenn ernste sachliche Gründe gegen eine weitere Tätigkeit des Gewählten sprechen. Da A.C. nie Mitglied der kommunistischen Partei gewesen sei, könne der Entscheid im vorliegenden Fall nicht davon abhängen, ob er *faktisch* als Kommunist zu betrachten sei, sondern nur davon, ob sich sein Verhalten *im allgemeinen* mit dem Lehramt an einer öffentlichen Schule vereinbaren lasse. Unbeschadet des Grundsatzes der freien Meinungsäußerung müsse von einem Lehrer eine gewisse *Zurückhaltung in der politischen Betätigung auch außerhalb der Schule* verlangt werden. Der Staatsrat habe aber jedenfalls ohne Willkür annehmen dürfen, mit seinen offen zur Schau getragenen Sympathien mit kommunistischen Ideen und mit dem Sowjetregime habe A. C. diese Pflicht verletzt. Dabei sei vor allem auch die unter den Eltern zutage getretene Beunruhigung ins Gewicht gefallen. Angesichts dieser Anstände habe der Staatsrat seine Genehmigung verweigern dürfen ⁵³.

II. Maßnahmen gegen rechtsextremistische, insbesondere nationalsozialistische Beamte ⁵⁴

1. Allgemeines

Die rechtsextremen Gruppen waren Abspaltungen und Nachfolgeorganisationen von «Erneuerungsbewegungen» mit mehr oder weniger nationalsozialistischer oder faschistischer Prägung, die anfangs der Dreißigerjahre im politischen Leben der Schweiz eine gewisse Bedeutung erlangten, mit der Machtentfaltung des deutschen Nationalsozialismus und des italienischen Faschismus einen vorübergehen-

⁵³ Vgl. den unveröffentlichten BGE vom 8. April 1938 i. S. André Corswant ca. Staatsrat Neuenburg.

⁵⁴ Vgl. zum folgenden den überaus aufschlußreichen Bericht des Bundesrates über die antidemokratische Tätigkeit von Schweizern und Ausländern im Zusammenhang mit dem Kriegsgeschehen 1939/1945, I. Teil vom 28. Dezember 1945, BBl 1946 I S. 1 ff., II. Teil vom 17. Mai 1946, BBl 1946 II 171 ff., und das darin verarbeitete äußerst umfangreiche Material; siehe ferner den interessanten Aufsatz «Das Frontenproblem» von Hermann Büchi, Jahrbuch der NHG «Die Schweiz» 1934 S. 15 ff.

den Aufschwung erlebten, um mit deren Niederlage im zweiten Weltkrieg ebenso rasch wieder zu verschwinden.

Ihres staatsgefährlichen und rechtswidrigen Charakters⁵⁵ wegen mußte auch gegen diese rechtsextremen Parteiorganisationen mit immer strengeren Maßnahmen vorgegangen und schließlich zu ihrer *Auflösung* geschritten werden⁵⁶. Diese Parteiverbote hatten aber nicht beamtenrechtlichen Charakter, sondern galten in gleicher Weise für alle Bürger. Für die Beamten ergab sich allerdings die Besonderheit, daß die Zugehörigkeit zu einer der aufgelösten Organisationen oder die Tätigkeit in einer solchen nicht nur wie im Falle eines Nichtbeamten strafrechtliche Sanktionen, sondern auch die «Auflösung des Dienstverhältnisses aus eigenem Verschulden» zur Folge hatte⁵⁷.

2. Kollektive Maßnahmen: Unvereinbarkeitsbestimmungen gegenüber rechtsextremen Organisationen

Beamtenrechtliche Unvereinbarkeitsbestimmungen, welche die Zugehörigkeit zu *rechtsextremen* Organisationen mit der Bekleidung eines Staatsamtes unvereinbar erklärten, blieben vereinzelt. Es seien deshalb nur zwei Fälle kurz erwähnt, mit denen sich auch das Bundesgericht zu befassen hatte.

⁵⁵ Über die Staatsgefährlichkeit und die Rechtswidrigkeit der rechtsextremen Gruppen vgl. den in N 54 zit. Bericht des Bundesrates, BBl 1946 I S. 25—28 und 54 ff.; Hermann Büchi, a. a. O. bes. 29.

⁵⁶ Vgl. BRB vom 12. Mai 1933 über das Tragen von Parteiuniformen (AS 49, 315); BRB vom 1. Juli 1938 betr. Ergänzung desselben (AS 54, 306); beide aufgehoben durch BRB vom 7. August 1945 betr. die Aufhebung von Noterlassen im Gebiete des Staatsschutzes (BS 1, 90). — BRB vom 5. Dezember 1938 betr. Maßnahmen gegen staatsgefährliche Umtriebe und zum Schutze der Demokratie; BRB vom 8. November 1940 über die Auflösung der «Gesellschaft der Freunde einer autoritären Demokratie» und des «Volksbundes»; BRB vom 19. November 1940 über die Auflösung der «Nationalen Bewegung der Schweiz»; BRB vom 29. Dezember 1942 über die Auflösung der «Nationalen Opposition»; BRB vom 25. Mai 1943 über die Auflösung der «Eidgenössischen Arbeiter- und Bürgerpartei»; BRB vom 6. Juli 1943 über die Auflösung der «Eidgenössischen Sammlung» und der «Nationalen Gemeinschaft Schaffhausen»; Verfügungen I und II des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 7. Oktober 1943 betr. die Auflösung von Organisationen der «Eidgenössischen Sammlung» und der «Nationalen Gemeinschaft Schaffhausen»; alle aufgehoben durch BRB vom 27. Februar 1945 betr. Maßnahmen zum Schutze der verfassungsmässigen Ordnung und die Aufhebung der Parteiverbote, seinerseits aufgehoben durch BRB vom 29. Oktober 1948 betr. Verstärkung des Staatsschutzes (AS 1948, 1075).

⁵⁷ Vgl. die dienstliche Mitteilung des eidg. Finanz- und Zolldepartementes an das Personal der allgemeinen Bundesverwaltung vom 12. Juni 1942.

Mit Beschluß vom 4. Dezember 1938 erklärte der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt vier rechtsextreme Organisationen als staatsgefährlich im Sinne des kantonalen Gesetzes vom 1. September 1938, das die Unvereinbarkeit einer Stellung im öffentlichen Dienste des Kantons oder der Gemeinden mit der Zugehörigkeit zu kommunistischen und andern staatsgefährlichen Organisationen statuiert hatte. Es betraf dies die «Nationale Front», den «Volksbund», den «Bund treuer Eidgenossen» und die «Eidgenössische soziale Arbeiterpartei» (Esap) ⁵⁸.

Gleiche Unvereinbarkeitsbestimmungen wurden durch Regierungsratsbeschluß vom 7. Juli 1942 auch mit Bezug auf die «Gesellschaft zur Förderung kulturellen Lebens» ⁵⁹ und durch Regierungsratsbeschluß vom 12. Februar 1943 mit Bezug auf die «Basler Pfalz» aufgestellt.

Die «Nationale Front» und die «Gesellschaft zur Förderung kulturellen Lebens» wandten sich hierauf beide mit der staatsrechtlichen *Beschwerde an das Bundesgericht*, welches jedoch beide Rekurse wegen der *antidemokratischen, antiliberalen und gegen die schweizerische Unabhängigkeit gerichteten Einstellung und Propaganda* der beiden Organisationen *abwies* ⁶⁰. Der «Nationalen Front» wurde zudem auch vorgeworfen, sie huldige einem derart betonten *Antisemitismus*, daß die schweizerischen Juden kein Vertrauen in Beamte haben könnten, die ihr angehören.

Auf die *grundsätzlichen Ausführungen*, zu denen sich das Bundesgericht im Rekursfalle der «Nationalen Front» veranlaßt sah (vgl. *BGE 65 I 243—245*), wurde schon wiederholt hingewiesen ⁶¹. *Sie sind für die Vereinsfreiheit und die politische Einstellung der Beamten in der Schweiz von grundlegender Bedeutung*, zumal sie in einem neuesten Entscheid ausdrücklich bestätigt wurden ⁶².

⁵⁸ Vgl. den Wortlaut des Regierungsratsbeschlusses im basel-städtischen Kantonsblatt vom 6. Dezember 1938; siehe auch Zentralblatt 41 (1940) S. 89 ff.

⁵⁹ Vgl. das basel-städtische Kantonsblatt vom 11. Juli 1942; siehe auch Zentralblatt 44 (1943) S. 291 ff.

⁶⁰ Vgl. *BGE 65 I 236 ff. i. S.* «Nationale Front» und Konsorten gegen Regierungsrat Basel-Stadt (siehe auch Zentralblatt 41 [1940] S. 89 ff.); unveröffentlichter BGE vom 1. Februar 1943 i. S. «Gesellschaft zur Förderung kulturellen Lebens» gegen Regierungsrat Basel-Stadt (auszugsweise veröffentlicht im Zentralblatt 44 [1943] S. 291 ff.).

⁶¹ Vgl. z. B. § 6, III, 3 und 6; § 9, I, 2.

⁶² Vgl. *BGE 75 II 331*.

3. Einzelmaßnahmen: sieben Beispiele aus der Praxis

a) Im Bunde

1. *Der «Fall Fonjallaz» (1933)*. Im Jahre 1933 wurde der Instruktionsoffizier und Brigadekommandant Oberst Arthur Fonjallaz von jeder Dienstleistung enthoben, da seine rechtsextreme politische Tätigkeit mit der weitem Ausübung seiner beruflichen Funktionen unvereinbar erschien. Fonjallaz hatte im Kanton Waadt eine rechtsextreme Gruppe faschistischer Prägung gebildet, die vorübergehend in der ganzen Schweiz eine an Zahl allerdings unbedeutende Anhängerschaft fand. Er hatte ferner auch mit andern rechtsextremen Gruppen zusammengearbeitet und gemeinsam mit einem andern schweizerischen Rechtsextremisten faschistischer Richtung Mussolini einen Besuch abgestattet, was in der Schweiz allgemeines Mißfallen erregte ⁶³.

2. *Disziplinarischer Verweis wegen demonstrativer Sympathiebezeugung für das faschistische Italien (1933)* ⁶⁴. Zur Zeit des Abessinienfeldzuges rief die italienische Regierung alle italienischen Ehegatten auf, als Beitrag an die Kriegskosten dem Vaterland ihre Eheringe zu schenken. An dem für die Sammlung bestimmten Tag befand sich der tessinische *Postbeamte* C. C. in Italien. Trotz seiner schweizerischen Nationalität spendete er, dem Beispiel der italienischen Patrioten folgend, seinen Ehering. Als besonders gravierend crachtete es die Postverwaltung, daß er, laut Zeitungsberichten, seiner Gabe die Erklärung hinzufügte: «*Ardente di amore per la nazione vicina, offra la mia fede nuziale coll'augurio che questa si faccia sempre più grande e vittoriosa, sogno fulgidissimo di Benito Mussolini.*»

Diese Sympathiebezeugung des C. erregte das Mißfallen seiner Kollegen und weiter Kreise, die dem Faschismus ablehnend gegenüber standen.

Daraufhin untersagte die Postverwaltung C., den Metallring zu tragen, den er als Ersatz für den weggeschenkten Ehering erhalten hatte. Ohne zu verkennen, daß sich C. ohne böse Absichten von der allgemeinen Begeisterung hatte mitreißen lassen, erteilte ihm die Postverwaltung einen *disziplinarischen Verweis*, weil er seinen Beamtenpflichten nicht gebührend Rechnung getragen habe. Dabei wurde er ausdrücklich darauf hingewiesen, daß er im Wiederholungsfalle nicht geltend machen könne, er sei über den Umfang seiner Beamtenpflichten nicht im klaren gewesen ⁶⁵.

3. *Die Entlassung des Bundesstenographen Kittelmann (1936)*. Dr. Helmut Kittelmann, der die deutsche und die schweizerische Staatsangehörigkeit besaß, stand seit 1921 als Bundesstenograph im

⁶³ Vgl. den in N 54 zit. Bericht des Bundesrates, BBl 1946 I S. 20 und 60.

⁶⁴ Vgl. André Grisel 105 f.

⁶⁵ Vgl. die Mitteilung der Generaldirektion der Postverwaltung an die Kreispostdirektion Bellinzona vom 9. März 1936.

Bundesdienst. Während der Septembersession 1934 wurde der Bundeskanzler darauf aufmerksam gemacht, daß K. *Mitglied der NSDAP* (Nationalsozialistische deutsche Arbeiterpartei) sei. Er eröffnete diesem hierauf, daß er die Zugehörigkeit zu einer fremden politischen Organisation, wie sie die NSDAP darstelle, als unvereinbar betrachte mit der Bekleidung der Stelle eines Bundesstenographen und räumte ihm Bedenkzeit ein, um zwischen der Zugehörigkeit zur NSDAP und der Fortsetzung des Bundesdienstverhältnisses zu wählen. Noch vor Ablauf der Frist legte K. dem Bundeskanzler eine Zusage des damaligen Leiters der Landesgruppe Schweiz der NSDAP vor, in welcher die Entlassung des K. aus dieser Organisation festgestellt wurde. Kurze Zeit darauf, im Oktober 1934, wurde K. jedoch als Einzelmitglied bei der Auslandsorganisation der Landesgruppe Hamburg eingetragen und hatte von da ab die Parteibeiträge direkt an diese Stelle zu entrichten.

K. wurde daraufhin am 10. Dezember 1935 als Bundesstenograph fristlos *entlassen* und des Pensionsanspruches an die Versicherungskasse verlustig erklärt. Seine Klage auf Ausrichtung einer Pension wurde vom Bundesgericht *abgewiesen*, wobei ausdrücklich festgestellt wurde, sein Verhalten stelle eine schwere Dienstpflichtverletzung im Sinne von Art. 31 Abs. 1 Ziff. 9 und Abs. 4 BBtG dar⁶⁶.

b) In den Kantonen

4. *Die Entlassung des Reallehrers Meyer, Schaffhausen (1943)* ⁶⁷. Carl Christian Meyer, Reallehrer in Schaffhausen, galt als *einer der einsatzbereitesten Nationalsozialisten* schweizerischer Nationalität. Er war einer der Gründer und später «Gauleiter» der «Nationalen Front», die als Mutterorganisation der rechtsextremen Gruppen nationalsozialistischer Richtung anzusehen ist. Nachdem die «Nationale Front» anfangs März 1940 von ihrem Leiter aufgelöst worden war, wurde im Juni desselben Jahres als Ersatzorganisation an ihrer Stelle eine neue Bewegung, die «Eidgenössische Sammlung», ins Leben gerufen. Im Kanton Schaffhausen entstand im Juli 1940 eine Gruppe mit gleichen Zielen und Richtlinien, die aber organisatorisch mit der «Eidgenössischen Sammlung» nicht identisch war, die «Nationale Gemeinschaft Schaffhausen». Meyer war Mitglied der «Eidgenössischen Sammlung» und Leiter der «Nationalen Gemeinschaft Schaffhausen», welche in der Folge beide durch Bundesratsbeschluß vom 6. Juli 1943 *aufgelöst wurden*.

⁶⁶ Vgl. den unveröffentlichten BGE vom 1. April 1936 i. S. Dr. Helmut Kittelmann gegen Schweiz. Bundeskanzlei sowie Versicherungskasse für die eidg. Beamten, Angestellten und Arbeiter. — Kittelmann war *nicht* Beamter im Sinne des Bundesbeamtengesetzes; sein Dienstverhältnis beruhte auf Anstellungsvertrag. Das hinderte nicht, daß sein Verhalten gleich wie im Falle eines Beamten beurteilt wurde.

⁶⁷ Vgl. den in N 54 zit. Bericht des Bundesrates, BB1 1946 I S. 19, 59 und 69; Bericht Ammann S. 117 f.

Wegen wiederholter Angriffe auf die verfassungsmäßige Ordnung verhängte der *Bundesrat* mit Beschluß vom 6. Juli 1941 ein *Redeverbot* gegenüber Meyer. Im Frühling 1943 wurde er wegen seiner extremen politischen Tätigkeit vom *Regierungsrat* des Kantons Schaffhausen *von seinem Lehramt entlassen*.

5. *Die Entlassung des Basler Universitätsprofessors Voechting-Oeri (1944)* ⁶⁸. Kurz nach dem erfolgreichen Überfall Deutschlands auf Polen legte Professor Voechting in einem Schreiben vom 17. September 1939 ein eindeutiges *Bekenntnis zum Nationalsozialismus* ab. Dieser politischen Einstellung entsprach, daß er Aktionär der «Neuen Basler Zeitung AG.» war, deren Blatt nach erfolglosen Mahnungen und Verwarnungen wegen seiner rechtsextremen und unschweizerischen Tendenz am 28. Dezember 1939 durch die Abteilung Presse und Funkspruch im Armeestab mit sofortiger Wirkung bis auf weiteres verboten werden mußte. Der Genannte war überdies Mitglied des Vorstandes der «Basler Pfalz», die durch Beschluß des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 12. Februar 1943 im Sinne des kantonalen Gesetzes vom 1. September 1938 über den Ausschluß der Kommunisten und der Angehörigen anderer staatsgefährlicher Organisationen vom öffentlichen Dienst als staatsgefährlich erklärt worden war ⁶⁹.

In Anbetracht seiner politischen Einstellung, namentlich wegen der mit dem Staatsdienst unvereinbar erklärten Zugehörigkeit zur «Basler Pfalz», wurde Professor Voechting am 12. Juni 1944 vom Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt als Universitätslehrer ohne Entschädigung *entlassen*. Eine hiegegen beim Bundesgericht eingereichte *staatsrechtliche Beschwerde* wurde mit Urteil vom 23. April 1945 *abgewiesen*.

6. *Entzug des Ruhegehaltes im «Falle Löwer» (1945)* ⁷⁰. Der deutsche Staatsangehörige Löwer war Professor für Maschinenkunde an kantonalen Technikum Winterthur und wurde 1935, nach 37-jähriger Lehrtätigkeit, unter Zusprechung eines Ruhegehaltes, altershalber pensioniert. Durch Bundesratsbeschluß vom 29. Mai 1945 wurde er gestützt auf Art. 70 BV ausgewiesen, weil er ein gefährlicher, der Schweiz feindlich gesinnter *Nationalsozialist* gewesen sei und *politischen Nachrichtendienst* getrieben habe. Ein gegen diesen Ausweisungsbeschluß eingereichtes Wiedererwägungsgesuch wurde mit Bundesratsbeschluß vom 6. Juli 1945 *abgewiesen* ⁷¹.

⁶⁸ Vgl. den Bericht Ammann, S. 92 und 95; unveröffentlichter BGE vom 23. April 1945 i. S. Voechting gegen Regierungsrat Basel-Stadt.

⁶⁹ Über die «Basler Pfalz» vgl. auch BGE vom 1. Februar 1943 i. S. «Gesellschaft zur Förderung kulturellen Lebens» gegen Regierungsrat Basel-Stadt, auszugsweise veröffentlicht in Zentralblatt 44 (1943) S. 291 ff.

⁷⁰ Vgl. NZZ Nr. 2353 vom 15. November 1949, Bl. 5; BGE 75 II 246 ff.; Zentralblatt 50 (1949) S. 582 ff. und 51 (1950) S. 18 ff.

⁷¹ Vgl. BB1 1946 II S. 1134.

Unter Berufung auf den Ausweisungsbeschluß des Bundesrates erklärte der Regierungsrat des Kantons Zürich Löwer mit Beschluß vom 19. Juli 1945 *seines Anspruches auf Ruhegehalt* mit Wirkung ab 1. Juni 1945 *gänzlich verlustig*. Dabei berief er sich auf § 22 der Verordnung vom 10. Januar 1921 über die Dienst- und Besoldungsverhältnisse des Lehrpersonals der kantonalen Mittelschulen, wonach die Berechtigung zum Bezug des Ruhegehaltes jederzeit überprüft werden kann und ganz oder teilweise erlischt, wenn die Gründe, die bei seiner Gewährung maßgebend waren, nicht mehr in vollem Umfang vorhanden sind. Zu den Voraussetzungen des Anspruches auf Ruhegehalt gehöre auch die Erfüllung der Treuepflicht des Beamten gegenüber dem Staat, die von Löwer schwer verletzt worden sei. Er habe als Vertrauensmann des deutschen Generalkonsulates in Zürich diesem und der deutschen Handelskammer Auskünfte über deutsche und schweizerische Staatsangehörige in Winterthur und Umgebung besorgt und dabei auch über deren politische Einstellung, insbesondere über abfällige Äußerungen gegenüber Deutschland und dem Nationalsozialismus, rapportiert. Ein auf solcher Tätigkeit betroffener aktiver Beamter würde unter Verlust der Besoldung seiner Stelle enthoben; mit einem ehemaligen Beamten könne daher hinsichtlich des Ruhegehaltes nicht anders verfahren werden.

Ein *Wiedererwägungsgesuch* Löwers wurde vom Regierungsrat am 27. September *abgewiesen*, ebenso eine gemäß Art. 42 OG beim Bundesgericht eingereichte *Klage* auf Weiterausrichtung des Ruhegehaltes. In seinem Entscheid führte das *Bundesgericht* in materieller Beziehung u. a. aus:

Die Auffassung, daß *auch der pensionierte Beamte* noch in einem *Treueverhältnis* zum Staat stehe, sei zweifellos richtig; halte der Bezüger des Ruhegehaltes dem Staat die Treue nicht, so könne diesem nicht ohne weiteres zugemutet werden, das bisherige Ruhegehalt weiter zu entrichten; denn wenn sich der Beamte schon im Zeitpunkt der Pensionierung vergangen hätte, so wäre ihm das Gehalt gar nicht zugesprochen worden. Der Entzug der Pension stelle aber keine disziplinarische Bestrafung, sondern eine rein administrative Maßnahme dar. Hiezu genüge jedoch nicht jede Handlung, welche die disziplinarische Entlassung eines aktiven Beamten zu rechtfertigen vermöchte; das ginge zu weit. An das Verhalten eines Beamten im Ruhestand dürfe nicht der gleiche Maßstab angelegt werden wie an dasjenige eines aktiven Beamten.

Durch den auf dem Gebiete des Kantons Zürich betriebenen politischen Nachrichtendienst habe Löwer die ihm diesem Kanton gegenüber obliegende Treuepflicht so schwer verletzt, daß grundsätzlich der gänzliche oder teilweise Entzug des Ruhegehaltes gerechtfertigt erscheine. Seine Einstellung gegenüber dem Land, dem er sein Auskommen verdankte und dessen Bewohner er gewesen sei, gehe aus seiner Bemerkung in einem Brief vom 8. Januar 1942 hervor, wo er die Bevölkerung der Schweiz als «haßerfüllte Bande» mit einem «Brett vor dem bißchen Hirn» bezeichnet habe.

Die Frage, ob sich der gänzliche Entzug des Ruhegehaltes rechtfertigte, prüfte das Bundesgericht nur unter dem beschränkten Gesichtspunkt des Willkürverbotes und stellte dabei fest, diese Maßnahme sei zwar angesichts der 37jährigen Dienstzeit des Betroffenen, seiner Bedürftigkeit und seines Alters von mehr als 80 Jahren hart, aber sie falle nicht aus dem Rahmen des Ermessens, das der verantwortlichen kantonalen Verwaltungsinstanz in solchen Dingen zugestanden werden müsse.

7. *Die Entlassung eines weiteren Professors der Universität Basel (1947)* ⁷². Nach der Entlassung von Professor Voechting im Jahre 1944 (vgl. Ziff. 5 hievor) wurde durch Beschluß des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 21. Oktober 1947 ein weiterer *Basler Universitätsprofessor disziplinarisch entlassen* ⁷³. Der Entlassene rekurrierte hierauf gemäß § 14a BtG Basel-Stadt an das zuständige Disziplinargericht, das seinen Rekurs insoweit schützte, als es ihm wenigstens eine reduzierte Pension (50% des Normalbetrages) zusprach. Dieser Disziplinarfall verdient besonderes Interesse, einmal weil die Entlassung u. a. wegen einer Widerhandlung gegen ein inzwischen aufgehobenes Gesetz erfolgte, dann aber vor allem deshalb, weil er zeigt, daß auch der *Lehrfreiheit* eines Universitätsprofessors gewisse Grenzen gezogen sind.

Der *Sachverhalt* war folgender:

Der fragliche Professor, der zur Zeit seiner Entlassung im Alter von 67 Jahren stand, war Schweizerbürger; er war aber in Deutschland aufgewachsen und besaß auch das deutsche Reichsbürgerrecht. Seit 1928 war er als Inhaber eines gesetzlichen Lehrstuhles an der Universität Basel tätig. Gegen die Art, wie er das ihm übertragene Lehrfach vertrat, waren keine Einwände erhoben worden.

Dagegen war er zugestandenermaßen *aus einer Vereinigung nicht ausgetreten*, die der Regierungsrat auf Grund des Gesetzes vom 1. September 1938 über den Ausschluß der Kommunisten und der Angehörigen anderer staatsgefährlicher Organisationen vom öffentlichen Dienst ausdrücklich als *staatsgefährlich* bezeichnet hatte.

⁷² Vgl. das Urteil des Basler Disziplinargerichtes vom 2. Juli 1948 i. S. F. J. gegen Regierungsrat Basel-Stadt, auszugsweise veröffentlicht in Zentralblatt 49 (1948) S. 533 ff.

⁷³ Zur Entlassung bzw. zur Ausweisung gemäß Art. 70 BV mußte auch gegenüber deutschen Professoren anderer Schweizeruniversitäten geschritten werden: So beschloß der Regierungsrat des Kt. Bern am 17. August 1935 die Entlassung des Universitätsprofessors Porzig, da er dessen Staatsbeamtung mit der Funktion als Berner Ortsgruppenführer der NSDAP (nationalsozialistische deutsche Arbeiterpartei) für unvereinbar hielt. Gemäß Art. 70 BV wurden vom Bundesrat ausgewiesen: Prof. Helmut De Boor, Bern (BRB vom 23. November 1945, BBl 1946 II 1138), die Professoren Richard Newald, Heribert Reiners und Emil Tonutti, alle Dozenten der Universität Freiburg (BRB vom 20. Juli 1945 bzw. 1. Februar 1946, BBl 1946 II 1150) sowie Prof. Fritz Berber, Genf (BRB vom 8. Mai 1945, BBl 1946 II 1182).

Ferner hatte er es *unterlassen*, der vorgesetzten Behörde davon Mitteilung zu machen, als er (offenbar von deutscher Seite) nach *topographischen Karten* gefragt worden war.

In seinen Lehrvorträgen hatte er sich verschiedentlich über *politische Fragen* geäußert und dabei beispielsweise erklärt, es werde sich zeigen, ob der von den Juden Amerikas und Englands unverhüllt ausgesprochene Gedanke, das deutsche Volk zu vernichten, auf die Dauer stärker sei als der Gedanke einer freien Zusammenarbeit der Völker ohne Beherrschung durch den amerikanischen Dollar.

Weitere Vorwürfe fielen nicht entscheidend ins Gewicht.

In seinem *Entscheid* stellte das *Basler Disziplinargericht* zunächst fest, daß grundsätzlich auch Universitätslehrer disziplinarisch bestraft werden können, wenn sie sich bei ihrem Verhalten innerhalb oder außerhalb des Dienstes einer Pflichtverletzung schuldig machen. Das ihnen gebotene Verhalten sei aber «nicht nur nach allfälligen Dienstvorschriften und einzelnen Amtspflichten, sondern allgemein nach dem besondern Charakter sowohl des Amtes, wie des Beamtenverhältnisses im allgemeinen» zu bestimmen. Den besondern Charakter ihres Dienstverhältnisses erblickte das Gericht namentlich in der ausdrücklich gewährleisteten *Lehrfreiheit*, die auch mit Bezug auf persönliche Meinungsäußerungen politischer Natur gelte; die besondere Verantwortung hingegen, die sich aus dem Beamtenverhältnis ergebe, liege in der Pflicht zur Treue gegenüber dem Staat, die dieser in Not- und Gefahrenzeiten vermehrt zu beanspruchen habe.

Auf Grund der festgestellten Tatsachen bezeichnete das Disziplinargericht den Rekurrenten als einen *Anhänger des Nationalsozialismus*, dessen Einstellung Dritte geradezu als begeistertes Eintreten für Hitler empfunden hätten. Wenn er dieser bedauerlichen Gesinnung auch *privatim* hätte Ausdruck geben dürfen⁷⁴, weil auch das Disziplinarrecht kein bloßes Meinungsdelikt kenne, so verhalte es sich anders hinsichtlich seiner Äußerungen in den *Vorlesungen*. Aus diesen letzteren erhelle, wie wenig Verlaß auf ihn in einem Augenblick aktueller Gefahr gewesen sei und wie sehr er die Pflichten verkannt habe, die ihm als schweizerischem Dozenten oblagen.

Eine Verletzung der Treuepflicht erblickte das Gericht auch darin, daß der Rekurrent von dem Spionageversuch keine Meldung erstattet habe und aus der vom Regierungsrat als staatsgefährlich erklärten Organisation nicht ausgetreten sei. Die Aufhebung des Gesetzes vom 1. September 1938 stehe diesem letzteren Vorwurf nicht

⁷⁴ Das ist grundsätzlich unzutreffend. Gerade auch von einem Universitätslehrer muß verlangt werden, daß er zur Grundlage des Staates, zu seiner Idee, zu dem den Mitbürgern gemeinsamen politischen Gedankengut eine vorbehaltlos positive Einstellung habe (BGE 65 I 245); und zwar hat er diese Einstellung nicht nur in seinen Vorlesungen zu bekunden, sondern er muß sie — entgegen der Auffassung des Basler Disziplinargerichtes — auch in seinen außerdienstlichen, privaten Meinungsäußerungen erkennen lassen.

entgegen ⁷⁵, und auch Verjährung sei nicht anzunehmen, da das Gesetz sie nicht vorsehe, ihr Eintritt aber nicht auf Grund einer allgemeinen Regel anzunehmen sei. Das verspätete Eingreifen der Behörden sei allerdings zu bedauern.

Dieser Disziplinargerichtsentscheid gibt zu zwei *Bemerkungen* Anlaß:

Es trifft zweifellos zu, daß die Universitätslehrer auf Grund ihrer Lehrfreiheit disziplinarrechtlich nicht in allen Punkten gleich beurteilt werden dürfen wie Verwaltungsbeamte. Allein, wenn schon sich ihre Lehrfreiheit auch auf politische Fragen erstreckt, so dürfen sie doch auch bei der Erörterung solcher Fragen ihre Treuepflicht gegenüber dem Staat nie außer acht lassen. Damit stellt sich aber das grundsätzliche *Problem der Abwägung zwischen Lehrfreiheit und Treuepflicht*. Die Lösung dieses Problems dürfte, wie ImHof bemerkt ⁷⁶, einmal in der Richtung zu suchen sein, «daß die Treuepflicht bei der Behandlung politischer Fragen ein *ernsthaftes Eingehen auf die Gegenmeinung* verlangt, das den Hörer in den Stand setzt, sich auch über diese ein eigenes Urteil zu bilden, zweitens in der Richtung, daß der *sachliche Zusammenhang* der vorgetragenen Meinung mit dem zur Behandlung stehenden Gegenstande des Lehrauftrages klar ersichtlich gemacht werden muß».

Der Auffassung des Disziplinargerichtes, daß die Aufhebung des Gesetzes vom 1. September 1938 die Bestrafung der Zugehörigkeit zu einer nach diesem Gesetz als staatsgefährlich bezeichneten Organisation nicht ausschließe, kann grundsätzlich nicht beigespflichtet werden. Die nachträgliche Bestrafung wegen einer Widerhandlung gegen ein inzwischen aufgehobenes Gesetz widerspricht dem allgemein anerkannten Grundsatz der *lex mitior*; sie ist *unbillig* und deshalb unbedingt abzulehnen.

III. Maßnahmen gegen die im Staatsdienst stehenden Unterzeichner der «Eingabe der 200» ⁷⁷

1. Die sog. «Eingabe der 200»

Die «Eingabe der 200» gehört zur Geschichte des zweiten Weltkrieges. Nach dem Zusammenbruch Frankreichs anfangs Juli 1940

⁷⁵ Das Gesetz vom 1. September 1938 wurde durch dasjenige vom 12. April 1945 vorbehaltlos aufgehoben.

⁷⁶ Vgl. Zentralblatt 49 (1948) S. 536.

⁷⁷ Vgl. hiezu NZZ Nr. 119 vom 22. Januar 1946 Bl. 5; Nr. 130 vom 24. Januar 1946 Bl. 4; Nr. 224 vom 9. Februar 1946 Bl. 3; Nr. 234 vom 11. Februar 1946 Bl. 1; insbes. den ausführlichen Bericht Ammann, Anhang II S. 65—80.

war die Schweiz wirtschaftlich weitgehend von den Achsenmächten Deutschland und Italien abhängig, deren siegreiche Heere überall an unsern Grenzen standen. Es erschien deshalb als ein Gebot der Klugheit, nach Möglichkeit alles zu vermeiden, was die genannten Mächte zu wirtschaftlichen oder gar kriegerischen Maßnahmen gegen unser Land veranlassen konnte. Dazu gehörte nicht zuletzt eine gewisse Zurückhaltung in der Schreibweise der schweizerischen Presse insbesondere gegenüber Deutschland. Andererseits konnte und durfte solche Rücksichtnahme niemals zu einem Verzicht auf die geistige Landesverteidigung führen, was eine Preisgabe der schweizerischen Unabhängigkeit bedeutet hätte, die es über alles hochzuhalten galt. Zu einer kompromißlosen Verteidigung unseres liberal-demokratischen Gedankengutes forderte in erster Linie das nationalsozialistische Regime in Deutschland heraus, auf das aus wirtschaftlichen und militärischen Gründen Rücksicht genommen werden mußte. Damit standen sich von vornherein zwei grundsätzlich unvereinbare Postulate gegenüber. So wünschbar und unerläßlich die kritische Auseinandersetzung mit dem autoritären und totalitären Deutschland erschien, so notwendig war andererseits eine gewisse Zurückhaltung. Die Lösung dieses Konfliktes konnte stets nur in Kompromissen bestehen, die den jeweils auf dem Spiele stehenden Interessen Rechnung trugen. Daß diese Interessen aber oftmals recht verschieden beurteilt wurden, kann nicht verwundern. In den Rahmen dieser Auseinandersetzungen gehört auch die «Eingabe der 200».

Mit Datum vom 15. November 1940 wurde dem Bundesrat eine mit ungefähr 200 Unterschriften versehene *Petition* eingereicht, die in der Folge unter dem Namen «Eingabe der 200» allgemein bekannt wurde. Die Petenten stellten folgende Forderungen:

1. Einsatz von Presse und Rundfunk für eine dem Wesen der Eidgenossenschaft entsprechende und der Schweiz als dem Mutterland des Roten Kreuzes angemessene, der Versöhnung der Völker dienende Wirksamkeit.

2. Aufforderung zur Ausschaltung jener an verantwortlichen Pressestellen wirkenden Personen, die einen für das Wohl und das Ansehen des Landes verhängnisvollen Kurs gesteuert haben.

3. Ausmerzung jener Presseorgane, die ausgesprochen im Dienst fremder politischer Gedanken standen und ihnen ihre außenpolitische Stellungnahme unterordneten.

4. Straffe behördliche Überwachung der Schweizerischen Depeschenagentur, deren Einstellung zu schweren Bedenken Anlaß gegeben hat und für die das Land nach außen doch die Verantwortung tragen muß.

5. Entfernung jener Personen aus verantwortlichen Stellen, deren politische Tätigkeit sich offenkundig für das Land als nachteilig erwiesen hat.

6. Entgiftung unseres politischen Lebens durch die Wiedergutmachung jener Übergriffe unserer politischen Polizei, die sich lediglich durch die Verhetzung unserer öffentlichen Meinung erklären lassen. Eine unparteiische gerichtliche Stelle soll die politischen Prozesse und Strafuntersuchungen, die zur Beanstandung Anlaß geben können, überprüfen, die Betroffenen in ihrer Ehre wiederherstellen und die Verantwortlichen zur Rechenschaft ziehen.

7. Sorgfältige Pflege der kulturellen Beziehungen zu allen unsern Nachbarvölkern, wie sie durch Geschichte und Herkunft gegeben und für alle drei Sprachgebiete unseres Landes lebensnotwendig sind.

8. Bereinigung unserer außenpolitischen Stellung durch die Lösung der letzten Bindungen an den Völkerbund und die Ausmerzung jeder fremden politischen Stelle auf unserem Boden.

Es steht u. a. fest, daß nach Punkt 2 dieser Forderungen die *Chefredaktoren* bestimmter Schweizerzeitungen, so namentlich diejenigen der «Neuen Zürcher Zeitung», der «Basler Nachrichten» und des «Bundes» wegen ihrer gegen Deutschland gerichteten Schreibweise hätten eliminiert werden sollen. Aus demselben Grunde hätten ferner gemäß Punkt 3 gewisse Zeitungen ausgemerzt werden sollen, so die «Nationalzeitung», die «Weltwoche», die «Nation», «Le Travail» und der «Beobachter». Mit Punkt 5 wollte man die zuständigen Behörden veranlassen, einen bestimmten *Politiker* als Chef einer Sektion des Kriegswirtschaftsamtes seiner antideutschen Einstellung wegen zu ersetzen, da man ihn in Anbetracht seiner politischen Haltung nicht für geeignet hielt, in Wirtschaftsverhandlungen mit Deutschland die Interessen der Schweiz zu wahren.

Der *Bundesrat* gab der Eingabe *keine Folge*, da ihm die darin gestellten Forderungen «sowohl *rechtlich* als auch *politisch* als absolut unmöglich» erschienen. Nachdem die Petition zum Gegenstand der öffentlichen Diskussion geworden war und die verschiedensten Vermutungen und Interpretationen über ihren Inhalt und ihre Unterzeichner in Umlauf waren, wurde die Eingabe samt einer Liste der Unterzeichner am 22. Januar 1946, also mehr als 5 Jahre nach ihrer Einreichung, der Presse zur Veröffentlichung übergeben. Bei ihrer nachträglichen Publikation erregte sie im ganzen Lande größtes Aufsehen und Mißfallen. Wochenlang erschienen in den Zeitungen Artikel, die sich mit der Eingabe selbst oder mit einzelnen Unterzeichnern derselben befaßten. Diese heftige Reaktion wirkt einiger-

maßen erstaunlich, wenn berücksichtigt wird, daß der Großteil der Presse die Eingabe schon seit Mitte Januar 1941, also seit vollen fünf Jahren, kannte und sich bisher überhaupt nicht dazu geäußert hatte. Man wird deshalb wohl kaum fehlgehen, wenn man annimmt, die überaus scharfe, nachträgliche Kritik sei hauptsächlich dem Bedürfnis entsprungen, nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes in Deutschland im Zuge einer «politischen Säuberung» mit allen denjenigen, welche sich diesem der Schweiz so gefährlichen Regime gegenüber auch nur zu den kleinsten Konzessionen bereit gefunden hatten, nunmehr gründlich abzurechnen. In diesem Sinne muß die Reaktion auf die «Eingabe der 200» aber auch gewürdigt werden.

Den Petenten wurde namentlich vorgeworfen, Maßnahmen verlangt zu haben, «die den ersten Schritt auf dem Wege zum Verlust unserer Unabhängigkeit bedeutet hätten». Die Eingabe habe sich angeblich gegen die «verantwortungslose» Haltung der Presse gerichtet, die im fraglichen Zeitpunkt ja schon seit einem Jahr in ihrer Freiheit notrechtlich eingeschränkt und kontrolliert gewesen sei; in Tat und Wahrheit sei es aber um die Frage gegangen, «ob in einem der kritischsten Augenblicke unserer Geschichte die geistige Landesverteidigung durch das öffentliche Wort gänzlich suspendiert werden sollte». Der «Volksbund», dessen Kreisen die Eingabe ursprünglich entstammte, habe «im Hinblick auf den Umsturz der Machtverhältnisse in Europa eine geistig-politische Anpassungsoperation großen Stils» verfolgt. Die Eingabe habe verfassungswidrige Eingriffe in das Privatrecht zur Durchführung der strafweisen Absetzung von Redaktoren und Ausmerzung von Presseorganen, also eine «Säuberung nach dem Muster der Pressegleichschaltung in Deutschland nach der Machtergreifung Hitlers» verlangt. Überdies seien «staatsstreichmäßige Eingriffe in die Rechtspflege» gefordert worden.

Dabei wurde allerdings eingeräumt, daß zwischen den eigentlichen Initianten und Urhebern der Eingabe und den bloßen Mitunterzeichnern derselben mit Bezug auf die Schuldfrage ein wesentlicher Unterschied zu machen sei ⁷⁸.

⁷⁸ So insbes. NZZ Nr. 130 vom 24. Januar 1946 Bl. 4.

2. Verzicht auf Maßnahmen gegen Bundesbeamte, welche die Eingabe unterzeichnet hatten

Angesichts der äußerst heftigen und nachhaltigen Kritik, welche die Eingabe nach ihrem Bekanntwerden in der Öffentlichkeit zur Folge hatte, ist es nicht verwunderlich, daß u. a. auch die Frage aufgeworfen wurde, ob gegen die Beamten unter den Petenten irgendwelche Maßnahmen administrativer, disziplinarischer oder gar strafrechtlicher Natur zu ergreifen seien.

So sah sich auch der *Bundesrat* veranlaßt, diese Frage wiederholt und eingehend zu prüfen und sie durch die zuständigen *Amtsstellen* begutachten zu lassen. Gestützt auf ein nicht veröffentlichtes Gutachten des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes faßte der Bundesrat am 9. Februar 1946 den Beschluß, gegen die *Bundesbeamten* und *Offiziere*, welche die Eingabe unterzeichnet hatten, *keine Sanktionen* zu ergreifen, in der Meinung, die Publikation ihrer Namen in der Presse und die damit verbundene öffentliche Verurteilung treffe sie schon hart genug. Immerhin behielt sich der Bundesrat vor, Mitglieder der von ihm zu bestellenden Kommissionen, welche die Eingabe unterzeichnet hatten, abzuberufen oder nach Ablauf der *Amtsdauer* nicht mehr zu wählen.

Die Eingabe stellt rechtlich eine *Petition* im Sinne von Art. 57 BV dar. Als verfassungsmäßiges Freiheitsrecht kommt das Petitionsrecht grundsätzlich auch den Beamten zu. Bei dessen Ausübung haben sie aber besondere Schranken zu beachten, gleichgültig, ob das Beamtenrecht sie ausdrücklich nennt oder nicht. Diese besonderen Einschränkungen bestehen darin, daß den Beamten untersagt ist, *Petitionen* einzureichen oder zu unterzeichnen, deren Inhalt mit ihrer allgemeinen *Treuepflicht* gegenüber dem Staat oder mit ihrer *Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten* auch außerhalb des Dienstes in Widerspruch steht ⁷⁹.

Bei der *Beurteilung* der «Eingabe der 200» ist von den Verhältnissen im Sommer 1940 auszugehen. Hiezu führt das *Bundesgericht* aus ⁸⁰:

«Es steht fest, daß damals der Schweiz von Seiten Deutschlands ernste militärische und wirtschaftliche Gefahren drohten. Ebenso

⁷⁹ Vgl. hiezu vorn § 5, II und III.

⁸⁰ Vgl. BGE vom 7. Dezember 1949 i. S. Dr. H. Ammann gegen Kanton Aargau, Erw. 6, vollständig veröffentlicht im Bericht Ammann, Anhang I S. 33 ff., bes. 46 f.

steht aber auch fest, daß die verantwortlichen politischen Behörden wie auch die Armeeleitung diese Gefahren erkannten und bestrebt waren, im Rahmen dessen, was mit der Unabhängigkeit und der Würde des Landes vereinbar war, alles zur Abwendung dieser Gefahren Dienliche vorzukehren. Was insbesondere die — übrigens schon vor dem Kriege vorhandenen — Spannungen zwischen der Schweiz und Deutschland auf dem Gebiete des Pressewesens betrifft, so lag deren Ursache in unüberbrückbaren Gegensätzen in der Auffassung über die Aufgaben der Presse und — nach Ausbruch des Krieges — über das Wesen unserer Neutralität. Wenn in unserem Lande die Pressefreiheit während des Krieges nicht in dem von Deutschland gewünschten Maße eingeschränkt wurde, so geschah dies in der begründeten Annahme, daß die verfassungsmäßig gewährleistete Pressefreiheit ein Grundpfeiler unseres demokratischen Staatswesens ist und eine zu starke Beschränkung geeignet wäre, die moralische und militärische Widerstandskraft des Landes zu schwächen.»

«Demgegenüber haben die Urheber der «Eingabe der 200» ein stärkeres Nachgeben gegenüber den deutschen Forderungen verlangt. Daß sie dabei *bewußt oder unbewußt weitgehend von nationalsozialistischem Denken beeinflußt* waren, zeigen schon die in der Eingabe (und in deren Entwurf, dem sog. «Sofortprogramm») verwendeten Ausdrücke wie ‚Einsatz von Presse und Funkspruch‘, ‚Ausschaltung‘ von Chefredaktoren, ‚Ausmerzungen‘ von Presseorganen usw. Inhaltlich gingen ihre Forderungen auf einen schweren Einbruch in die Pressefreiheit und in die Gewaltentrennung, die beide zu den Grundlagen unseres Staatswesens gehören; auch war die damit bezweckte Nachgiebigkeit gegenüber Deutschland in höchstem Maße geeignet, die Stellung der Schweiz zu schwächen und eine defaitistische Stimmung zu schaffen.» (Unterstreichung vom Verf.)

Es durfte deshalb — auch nach Auffassung des Bundesgerichtes — mit Recht die Frage aufgeworfen werden, ob die Beamten, welche die Eingabe unterzeichnet hatten, jene positive Einstellung zur Grundlage unseres Staates, zu seiner Idee, zu dem den Mitbürgern gemeinsamen Gedankengut besaßen, die von einem Beamten kraft seiner *Treuepflicht* verlangt werden darf (BGE 65 I 245).

Für die Beantwortung dieser Frage mußte nun aber *entscheidend* ins Gewicht fallen, ob der betreffende Beamte zu den *Urhebern* und *Initianten* der Eingabe gehörte, oder ob er dieselbe lediglich aus tiefer Besorgnis über den Ernst der damaligen politischen Lage des Vaterlandes unterzeichnete, ohne sich der Tragweite der gestellten Forderungen und der politisch verdächtigen Einstellung ihrer Urheber bewußt zu sein. Im ersten Falle mußte m. E. die Frage des Verschuldens bejaht und eine mit der Stellung eines Beamten un-

vereinbare politische Einstellung angenommen werden; im zweiten Falle dagegen hatte man es zwar mit einem politischen Fehltritt, aber nicht mit einer schuldhaften Verletzung der Treuepflicht zu tun.

Da die vier Bundesbeamten, welche die Eingabe unterzeichneten, festgestelltermaßen nicht zu deren Urhebern oder Initianten gehörten, sah der Bundesrat mit Recht davon ab, gegen diese Beamten Sanktionen zu ergreifen. Eine Verletzung der Treuepflicht lag nicht vor: für ihren politischen Fehltritt aber waren die Beamten durch die Publikation ihrer Namen und durch die für unsere Verhältnisse ungewohnte politische Anfeindung und Verdächtigung in der Öffentlichkeit schon empfindlich genug bestraft ⁸¹.

3. Die Auswirkungen der Eingabe auf die Behördemitglieder und auf die kantonalen Beamten unter den Petenten ⁸²

Während der Bundesrat aus den dargelegten Gründen m. E. mit Recht davon absah, gegen die Bundesbeamten, welche die «Eingabe der 200» unterzeichnet hatten, Maßnahmen zu ergreifen, zeitigte diese Petition im übrigen im ganzen Lande zahlreiche Auswirkungen auf Behördemitglieder und Beamte, die ihr ihre Unterschrift verliehen hatten. Diese heftige Reaktion zeigt einerseits, daß die Unterzeichner der Eingabe weitherum das Vertrauen der Bürger eingebüßt hatten, dessen sie als Behördemitglieder oder als Beamte bedurften; sie zeigt aber auch, wie vorsichtig Behördemitglieder und Beamte in ihren politischen Meinungsäußerungen unter Umständen sein müssen.

⁸¹ Die *nachträgliche disziplinarische Ahndung* hätte wohl auch gestützt auf Art. 23, Abs. 3, BtO I und Art. 18, Abs. 3, BtO II wegen Eintritt der Verjährung unterbleiben müssen. — Eine *nachträgliche administrative Entlassung* aus wichtigen Gründen gemäß Art. 55 BBtG wäre grundsätzlich unzulässig gewesen. Eine solche Entlassung unterliegt im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis denselben Voraussetzungen wie im privatrechtlichen Dienstvertrag (Art. 352 OR). Dazu gehört vor allem, daß das Dienstverhältnis unverzüglich nach Bekanntwerden des wichtigen Grundes aufgelöst wird; längeres Zuwarten zeigt, daß die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht unzumutbar ist, und gilt daher als Verzicht auf die Geltendmachung des wichtigen Grundes (vgl. BGE 75 II 332). Nachdem der Bundesrat im November 1940, als ihm die Namen der Unterzeichner der Eingabe bekannt waren, von einer administrativen Entlassung der fraglichen Beamten abgesehen, diese vielmehr vorbehaltlos wiedergewählt hatte, konnte eine solche Maßnahme im Jahre 1946 gar nicht mehr erwogen werden, denn die Eingabe durfte dannzumal selbstverständlich nicht strenger beurteilt werden als im Herbst 1940.

⁸² Vgl. zum folgenden die Zusammenstellung im Bericht Ammann, Anhang II S. 79 f.

Es kann sich hier nicht darum handeln, jeden Einzelfall zu erörtern; ein kurzer Überblick über die Auswirkungen der Petition muß genügen.

a) Rücktritte von Behördemitgliedern

Unter dem Druck der außergewöhnlich heftigen Kritik in der Öffentlichkeit traten verschiedene Unterzeichner der Eingabe von ihren Ämtern zurück. So erklärten die beiden Petenten, welche dem *eidgenössischen Parlament* angehörten, ihren Rücktritt als Ständebzw. Nationalrat ⁸³. Ebenso demissionierten die meisten *Mitglieder der kantonalen Parlamente*, die zu den Unterzeichnern der Petition gehörten ⁸⁴.

Des weitern traten u. a. zurück: der Direktor der Basellandschaftlichen Kantonalbank, der Präsident des Verwaltungsrates der Schweizerischen Reederei AG., ein Mitglied des Gemeinderates der Stadt Zürich, ein Major als Platzkommandant und ein weiterer Petent von seinen sämtlichen Gemeindeämtern.

Zwei Unterzeichner der Eingabe stellten sich der Volkswahl. Der erste wurde als Gemeindepräsident ehrenvoll wiedergewählt; ebenso wurde der zweite vom Volk als Primarlehrer bestätigt, obwohl die Schulpflege des Wahlkreises den Antrag gestellt hatte, ihn nicht mehr zu wählen.

b) Die Auswirkungen auf die Beamten im Kanton Zürich ⁸⁵

Neben den vier Bundesbeamten hatten auch einige kantonale Beamte die «Eingabe der 200» unterzeichnet, so namentlich mehrere zürcherische Beamte und ein aargauischer. Im *Kanton Zürich* waren die Auswirkungen die folgenden:

Der Regierungsrat ließ zunächst durch eine eingehende Administrativuntersuchung für jeden Unterzeichner individuell abklären, welches sein Anteil am Zustandekommen der Eingabe und an der Beibringung der Unterschriften gewesen war, unter welchen Umständen und gestützt auf welche Überlegungen die Unterzeichnung erfolgte, welche Rolle der Unterzeichner sonst im politischen Leben

⁸³ Vgl. NZZ Nr. 212 vom 7. Februar 1946 Bl. 5 und Nr. 221 vom 8. Februar 1946 Bl. 6.

⁸⁴ Vgl. NZZ Nr. 133 vom 25. Januar 1946 Bl. 2; NZZ Nr. 193 vom 4. Februar 1946 Bl. 5.

⁸⁵ Vgl. insbes. NZZ Nr. 468 vom 18. März 1946 Bl. 8.

spielte, welches seine Einstellung und Führung seit der Unterzeichnung war und wie er im Zeitpunkt der Untersuchung über die Eingabe dachte.

Dabei ergab sich, daß die meisten der betreffenden Unterzeichner lediglich der Ansicht hatten Ausdruck geben wollen, es bedeute eine unnötige Vergrößerung der Gefahr für das Land, wenn die schweizerischen Zeitungen durch ungehemmte Kritik und einseitige Stellungnahme die unberechenbare Regierung Deutschlands zu Gewaltakten gegenüber unserem Lande reizten. Zu dieser Auffassung konnte man sich aber in guten Treuen bekennen, ohne deswegen den Vorwurf des Anpassertums, des Defaitismus und einer unschweizerischen Gesinnung entgegennehmen zu müssen. Soweit die Unterzeichner mit ihrer Eingabe nur aus diesen Erwägungen heraus eine straffere Handhabung der damals ja bereits bestehenden Pressekontrolle befürworteten wollten, konnte ihr Vorgehen nicht als Ausdruck einer verwerflichen Gesinnung gewertet werden. Es zeigte sich ferner, daß die in Betracht fallenden Petenten nicht zu den Urhebern der Eingabe gehörten, über die politische Einstellung der Initianten keine Kenntnis hatten und sich der politischen Tragweite der Forderungen offenbar gar nicht bewußt waren, nachträglich aber einsahen, daß die Unterzeichnung ein Fehler gewesen war. Die Erhebungen ergaben schließlich auch, daß die Mehrzahl der fraglichen Unterzeichner gänzlich unpolitische Naturen waren und in den Kriegsjahren ihre beruflichen und militärischen Pflichten in jeder Hinsicht erfüllt hatten.

Gestützt auf dieses Untersuchungsergebnis sah der Regierungsrat mit Recht im allgemeinen davon ab, gegen die Beamten, welche die Eingabe unterzeichnet hatten, Maßnahmen zu ergreifen. Unter Würdigung aller Umstände konnte an ihrer positiven Einstellung zum schweizerischen Staatswesen, zu seinen Grundlagen und zu seiner Idee, nicht ernstlich gezweifelt werden. So blieb lediglich der Vorwurf, daß sie sich in guten Treuen an einer politischen Aktion beteiligt hatten, die objektiv verwerflich war und die, falls der Bundesrat den Forderungen nachgegeben hätte, schlimme Folgen für das Land hätte haben können. Angesichts ihres *guten Glaubens* durfte den Beamten aber deswegen das Vertrauen nicht entzogen werden, nachdem sie *Einsicht* zeigten und *Reue* bekundeten.

Dagegen sah sich der Regierungsrat veranlaßt, mit Beschluß vom 28. Februar 1946 Prof. Dr. Heinrich Frick, Mathematiklehrer am kantonalen Gymnasium, unter Verdankung der geleisteten Dienste und unter Zuerkennung eines jährlichen Ruhehaltes mit sofortiger

Wirkung aus dem Schuldienst zu entlassen. Auf ihn trafen die angeführten Entlastungsgründe nur teilweise zu. Er war nicht bloßer Mitunterzeichner, sondern *Mitverfasser und Initiant der Eingabe* und konnte sich deshalb nicht mit gleichem Recht wie die andern Beamten darauf berufen, die Tragweite und die politische Bedeutung der Eingabe seien ihm entgangen. Belastend wirkte insbesondere seine genaue *Kenntnis des bedeutend schärfer gefaßten Entwurfes* vom August 1940. Aus diesem Entwurf, dem sogenannten «Sofortprogramm» des «Volksbundes», ergab sich nämlich eindeutig, in welcher Richtung die allgemein gehaltene endgültige Eingabe zielte. Prof. Dr. Frick war zudem auch an der Beibringung der Unterschriften maßgebend beteiligt, was ihn zu einer umso gewissenhafteren Prüfung des Textes hätte veranlassen müssen. Er mußte sich deshalb den Vorwurf gefallen lassen, für eine gewisse Verbreitung seiner verfehlten Anschauungen gewirkt und zahlreiche ahnungslose Mitbürger einer beinahe vernichtenden öffentlichen Anzweiflung ihrer patriotischen Gesinnung ausgesetzt zu haben. Nach dem Bekanntwerden seiner *führenden Mitwirkung* bei der Formulierung und Einreichung der Eingabe vom 15. November 1940 war das Vertrauen des Regierungsrates in die Person von Prof. Frick nicht mehr in dem Maße vorhanden, wie es für die Stellung eines Lehrers an einer staatlichen Mittelschule vorausgesetzt werden muß. Der Regierungsrat entließ ihn deshalb im Sinne vom § 21, Abs. 3, der Verordnung über die Dienst- und Besoldungsverhältnisse des Lehrersonals der kantonalen Mittelschulen.

Der Erziehungsrat des Kantons Zürich beschloß am 21. März 1946, den Mitunterzeichner *Dr. R. Allemann* als *Privatdozenten* für das Sommersemester 1946 zu *beurlauben*. Mit Beschluß vom 16. März 1946 ersuchte der Regierungsrat seinerseits den Erziehungsrat, dem Genannten die *venia legendi* mit sofortiger Wirkung zu entziehen. Gleichzeitig entließ ihn der Regierungsrat als Mitglied der Aufsichtskommission über die Kantonsspitäler Zürich und Winterthur. Für diesen Entscheid war maßgebend, daß Dr. Allemann durch sein *einsichtsloses Verhalten* seit der Publikation der Eingabe dazu beigetragen hatte, das Vertrauen in seine Person zu erschüttern.

Von Maßnahmen gegen weitere Beamte, welche die Eingabe unterzeichnet hatten, wurde, wie bemerkt, Umgang genommen.

4. Der Fall des aargauischen Staatsarchivars und Kantonsbibliothekars im besonderen ⁸⁶

Zu den Hauptinitianten der «Eingabe der 200» gehörte auch Dr. phil. Hektor Ammann. Er wurde 1929 vom Regierungsrat des Kantons Aargau als Staatsarchivar und Kantonsbibliothekar gewählt und in der Folge alle vier Jahre in diesen Ämtern vorbehaltlos bestätigt, letztmals am 3. Juli 1945 für die Zeit vom 1. April 1945 bis 31. März 1949. Ende 1945 und anfangs 1946 wurde er in der Presse heftig angegriffen, namentlich wegen seiner maßgebenden Mitwirkung bei der «Eingabe der 200». Das führte schließlich am 10. Januar 1946 zu einer Interpellation im aargauischen Großen Rat. Darin wurde die Regierung angefragt, ob sie nicht dafür halte, daß Dr. Ammann als Staatsbeamter untragbar geworden sei. Der Regierungsrat beauftragte daraufhin die Staatsanwaltschaft mit der Durchführung einer administrativen Untersuchung gegen Dr. Ammann zwecks Abklärung seiner politischen Betätigung und stellte diesen, auf Ersuchen des Großen Rates, unter Weiterausrichtung der vollen Besoldung, vorläufig im Amte ein.

Die *Administrativuntersuchung* ergab, daß der Vorstand des «Volksbundes für die Unabhängigkeit der Schweiz» (VUS) im Sommer 1940 «Grundlinien eines außenpolitischen Sofortprogrammes» aufstellte, die als eigentlicher Entwurf der «Eingabe der 200» anzusehen sind. Als Präsident des VUS verfaßte Dr. Ammann eine Einleitung zu diesen «Grundlinien» und beteiligte sich auch maßgebend an den Diskussionen, in deren Verlauf die einzelnen Forderungen besprochen und formuliert wurden. Die im «Sofortprogramm» aufgestellten Postulate wurden hierauf in den Versammlungen der Sektionen des VUS erörtert, wobei verschiedentlich auch Dr. Ammann zugegen war. Im September 1940 beschloß man schließlich, das «Sofortprogramm» in abgeschwächter Formulierung als Petition dem Bundesrat einzureichen. Das war die «Eingabe der 200», die am 15. November 1940 dem Bundesrat übermittelt wurde und an erster Stelle die Originalunterschrift von Dr. Ammann trug. Der Eingabe war eine Liste von ungefähr 100 Zustimmungserklärungen beigelegt. Weitere Unterschriften wurden in zwei Nachträgen nachgesandt ⁸⁷.

⁸⁶ Vgl. den Bericht sowie den im Anhang I dazu vollständig wiedergegebenen BGE vom 7. Dezember 1949 i. S. Dr. H. Ammann gegen Kt. Aargau (BGE 75 II 329 ff.) und den im Anhang II veröffentlichten Bericht über das Ergebnis der Administrativuntersuchung; siehe ferner BGE 72 I 282 ff. sowie NZZ Nr. 6 vom 1. Januar 1950 Bl. 6.

⁸⁷ Vgl. Bericht Ammann, Anhang II S. 65—80.

Die Untersuchung zeigte ferner, daß Dr. Ammann jahrelang maßgebend an der «*Neuen Basler Zeitung*» mitgewirkt hatte⁸⁸. Diese Zeitung war schon vor dem zweiten Weltkrieg für ihre *rechtsextreme und ausgesprochen deutschfreundliche Haltung* bekannt und geriet immer mehr unter den Einfluß von Rechtsextremisten und Anhängern des Nationalsozialismus, bis sie schließlich am 28. Dezember 1939 durch die Abteilung Presse und Funkspruch im Armeestab mit sofortiger Wirkung verboten wurde. Hier sei nur daran erinnert, daß die Zeitung, über den Anschluß Österreichs an Deutschland begeistert, diesen Anschluß als Ausfluß einer «im besten Sinne demokratischen Volkspolitik» feierte⁸⁹. Die Zeitung veröffentlichte auch wiederholt Artikel des nationalsozialistischen Pressedienstes ohne Quellenangabe. Der Verwaltungsrat der Zeitungs-AG. setzte sich aus lauter Elementen zusammen, die sich eindeutig zum Nationalsozialismus bekannten oder rechtsextreme Bewegungen unterstützten; bekannte Nationalsozialisten wurden als regelmäßige Mitarbeiter des Blattes zugelassen. Der wirtschaftliche Schwerpunkt des Zeitungsunternehmens lag in Deutschland, wo auch der größte Teil der Auflage abgesetzt wurde.

Dr. Ammann beteiligte sich seit 1934 aktiv an der «*Neuen Basler Zeitung*». Er erwarb damals Aktien des Zeitungsunternehmens im Nominalwert von Fr. 20 000.— und war bis Ende 1938 Vizepräsident des Verwaltungsrates. Er übte zugestandenermaßen einen bedeutenden Einfluß auf die politische Einstellung und Schreibweise der Zeitung aus. Obwohl er im März 1939 dem aargauischen Erziehungsdirektor versicherte, er habe seine Beziehungen zur Zeitung gelöst, blieb er weiterhin im Besitze von 10 Aktien und nahm auch noch an der Generalversammlung vom 23. Mai 1939 teil, wobei er nicht unterließ, der Redaktion für die Haltung des Blattes seinen Dank auszusprechen.

Die übrigen durch die Untersuchung erstellten Tatsachen wogen weniger schwer, waren dafür aber umso charakteristischer für die politische Gesamthaltung Dr. Ammanns.

Gestützt auf den Untersuchungsbericht und ein Rechtsgutachten von Prof. Oswald beschloß der Regierungsrat am 29. August 1946, Dr. Ammann auf den 1. September 1946 als Staatsarchivar und Kantonsbibliothekar *entschädigungslos zu entlassen*, unter bester Ver-

⁸⁸ Vgl. Bericht Ammann, Anhang II S. 89—98.

⁸⁹ Vgl. «*Neue Basler Zeitung*» vom 24. März und 12. April 1938; siehe auch Bericht Ammann, Anhang II S. 93 ff.

dankung der geleisteten Dienste. Belastend wirkte dabei insbesondere auch der Umstand, daß der Genannte *keinerlei Einsicht zeigte*, sondern öffentlich erklärte, er würde heute gleich handeln wie damals.

Die Entlassungsverfügung wurde Dr. Ammann mit Schreiben vom 31. August 1946 eröffnet, wobei u. a. ausgeführt wurde:

«Die Handlungen oder Unterlassungen, die Ihnen nach der Aktenlage zur Last gelegt werden müssen, qualifizieren sich rechtlich als Dienstpflichtverletzungen. . . . Höhere Staatsangestellte vertreten nach außen in einem gewissen Sinne immer auch den Staat selbst und dürfen sich nicht ausschließlich nur wie Privatgelehrte gerieren. In Ihrer politischen Betätigung und Ihrem Verkehr mit exponierten politischen Persönlichkeiten des Auslandes in einer für unser Land höchst kritischen Zeit liegt eine *geistige Untreue gegenüber dem Staat, die mit Ihrem Pflichtenheft als Staatsarchivar und Kantonsbibliothekar nicht vereinbar ist*. . . . Durch Ihre verschiedenen Handlungen und Untersuchungen, wir erwähnen nur Ihre einflußreiche und führende Mitwirkung bei der bekannten «Eingabe der 200», haben Sie aber de facto die Mission unseres Landes erschwert. . . . Die politische Säuberung, wie wir sie als Folge der nationalsozialistischen Infiltration erlebten, ist nicht nur ein rechtliches, sondern auch ein politisches und psychologisches Problem, das im vorliegenden Fall daria zum Ausdruck kommt, daß das Vertrauen des Volkes in Sie infolge Ihres Verhaltens zerstört ist und daß Sie deshalb in der verantwortlichen Stellung eines Staatsarchivars und Kantonsbibliothekars unseres Kantons nicht mehr tragbar sind.» (Unterstreichungen vom Verf.)

Dr. Ammann wandte sich hierauf mit einer *staatsrechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht*, mit dem Antrag, die Entlassungsverfügung sei wegen Verletzung der Art. 4 und 57 BV aufzuheben. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde *nicht* ein, da die geltend gemachte Rechtsverletzung durch direkte (Zivil-) Klage im Sinne von Art. 42 OG gerügt werden könne, sodaß die staatsrechtliche *Beschwerde als rein subsidiäres Rechtsmittel* nach Art. 84 Abs. 2 OG *unzulässig* sei ⁹⁰.

Daraufhin reichte Dr. Ammann beim Bundesgericht eine (Zivil-) *Klage* (im Sinne von Art. 42 OG) gegen den Kanton Aargau ein, mit

⁹⁰ BGE 72 I 282 ff. Im übrigen wurde der aarg. Regierungsrat bei seiner in der Beschwerdeantwort abgegebenen Erklärung behaftet, daß Dr. Ammann nicht *disziplinarisch*, sondern *administrativ*, d. h. aus wichtigen Gründen, entlassen worden sei.

der er u. a. die gesetzliche *Besoldung vom Entlassungstag bis zum Ablauf der Amtsperiode* am 31. März 1949 verlangte. Das *Bundesgericht* hat die Klage in diesem Umfange geschützt, mit im wesentlichen folgender *Begründung* ⁹¹:

Der Beklagte (Kanton Aargau) behaupte, der Kläger (Dr. Ammann) habe durch seine politische Haltung und Betätigung eine derart unschweizerische Gesinnung bekundet, daß dem Regierungsrat als Wahlbehörde die weitere Belassung des Klägers in der angesehenen und verantwortlichen Stellung eines Staatsarchivars und Kantonsbibliothekars *nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet* werden könne. Wenn aber, in analoger Anwendung von Art. 352 OR, auch beim öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis die *Auflösung aus wichtigen Gründen* zulässig sein solle, so jedenfalls *nur unter den gleichen Voraussetzungen wie beim privaten Dienstvertrag*. Dazu gehöre vor allem, daß das Dienstverhältnis *unverzüglich nach Bekanntwerden des wichtigen Grundes* aufgelöst werde; längeres Zuwarten zeige, daß die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht unzumutbar sei, und gelte daher als Verzicht auf die Geltendmachung des wichtigen Grundes.

Der Kläger gehöre allerdings unbestrittenermaßen zu den Urhebern der «Eingabe der 200» und habe diese an erster Stelle unterzeichnet. Er habe damit eine Geisteshaltung bekundet, die es als fraglich erscheinen lasse, ob er noch jene positive Einstellung zur Grundlage unseres Staates, zu dem den Mitbürgern gemeinsamen politischen Gedankengut besitze, die von einem Beamten verlangt werden dürfe (BGE 65 I 245). Die «Neue Basler Zeitung», an der er mitgewirkt habe, sei schon vor dem Kriege für ihre rechtsextreme und deutschfreundliche Haltung bekannt gewesen.

Die administrative Entlassung eines Beamten müsse, wie bemerkt, unverzüglich nach Bekanntwerden der Entlassungsgründe angeordnet werden. Der Regierungsrat des Kantons Aargau habe indessen trotz Kenntnis der angeführten Tatsachen, welche die Entlassung unter Umständen hätten rechtfertigen können (Mitwirkung an der «Neuen Basler Zeitung», am «Sofortprogramm» und an der «Eingabe der 200»), den Kläger nicht nur nicht entlassen, sondern ihn *zweimal vorbehaltlos wiedergewählt*.

Dazu komme, daß die vorgesetzte Behörde einen Beamten, dessen dienstliches oder außerdienstliches Verhalten zu beanstanden sei, zunächst auf das Ungehörige seines Verhaltens aufmerksam machen und versuchen müsse, ihn durch Verweis, Versetzung ins Provisorium usw. zur Pflichterfüllung anzuhalten; sie dürfe nicht ohne einzuschreiten zusehen, wie sich nach und nach eine unhaltbare Situation

⁹¹ Vgl. den im Bericht Ammann, Anhang I S. 33 vollständig wiedergegebenen BGE vom 7. Dezember 1949 i. S. Dr. Ammann gegen Kt. Aargau, bes. Erw. 5—7.

entwickle, und dann die Entlassung vornehmen (BGE 74 I 90/91). Dieser Grundsatz, gegen den der Regierungsrat verstoßen habe, gelte nicht nur nach Treu und Glauben, sondern ergebe sich für das aargauische Recht unmittelbar aus dem Beamtendekret, das die vorgesetzte Behörde verpflichte, einen Beamten, der seine Pflichten versäume, zu *mahnen* (§ 3, Abs. 1, BtG) und nur solche Beamte definitiv wiederzuwählen, die hinsichtlich ihrer Pflichterfüllung zu keinen Klagen Anlaß geben (§ 2, Abs. 2, BtG). *Zu beanstandendes, insbesondere außerdienstliches Verhalten, das der Vorgesetzte gekannt, aber nicht gerügt habe, könne später keinen Entlassungsgrund bilden*, da der Beamte habe annehmen dürfen, der Vorgesetzte sei damit einverstanden oder habe doch nichts dagegen einzuwenden.

Da die *Entlassung* somit *unbegründet* sei, habe der Kläger zwar *keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung, aber doch auf Ausrichtung der Besoldung* für die Zeit von der Entlassung bis zum Ablauf der Amtsdauer.

Diesem Urteil, das einerseits durchblicken läßt, daß zwar *Entlassungsgründe vorlagen*, anderseits aber mit Recht verlangt, daß sie *rechtzeitig*, d. h. unmittelbar nach ihrem Bekanntwerden, hätten geltend gemacht werden müssen, ist vollauf beizustimmen. Bedauerlich wäre nur, wenn die Disziplinarbehörden dadurch veranlaßt würden, in Abweichung von ihrer bisherigen freiheitlichen Praxis die politische Betätigung der Beamten inskünftig einer gewissen Kontrolle zu unterwerfen. Eine derartige Kontrolle ist im liberal-demokratischen Staate grundsätzlich unzulässig. Sie rechtfertigt sich einzig dann, wenn an der positiven Einstellung des Beamten zur Grundlage des Staates, zu seiner Idee, zu dem den Mitbürgern gemeinsamen Gedankengut begründete Zweifel bestehen.

§ 10. Beschränkungen auf Grund spezieller Verhaltenspflichten

I. Beschränkungen auf Grund der Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten und zu höflichem und taktvollem Benehmen

1. Zwei Einzelfälle ¹

a) Die Affäre Späni/Roner (1904) ^{1a}

Die Affäre Späni/Roner warf zu Beginn des Jahrhunderts viel Staub auf. Der Sachverhalt war folgender:

Im Dezember 1903 entließ der Bundesrat den Telegraphenbeamten Ruckstuhl, den er anklagte, seine Dienstpflichten verletzt zu haben. Daraufhin übermittelten die beiden Telegraphisten Späni und Roner namens der Zürcher Telegraphenbeamten einer Reihe von Zeitungen eine Zuschrift zur Publikation, in welcher sie den Disziplinentscheid in heftigen Worten kritisierten und den Bundesrat öffentlich beschuldigten, unter nichtigen Vorwänden die Entlassung des Telegraphisten Ruckstuhl verfügt zu haben. So wurde namentlich behauptet, der eigentliche Grund der Entlassung Ruckstuhls sei nicht eine Dienstpflichtverletzung, sondern die Veröffentlichung einer Broschüre gewesen, in welcher der Genannte an der Telegraphenverwaltung Kritik geübt habe.

Da die Zuschrift, die sich auf Grund der Aktenlage als eine völlig grundlose, schwere Verdächtigung der Wahlbehörde erwies, mit den Grundsätzen der für eine Verwaltung erforderlichen Disziplin unvereinbar erschien und ihre Urheber zudem schon wiederholt wegen Vernachlässigung ihrer Pflichten disziplinarisch hatten bestraft werden müssen, beschloß der Bundesrat am 15. Januar 1904, die beiden Telegraphisten Späni und Roner gestützt auf Art. 15 des BG betr. die Organisation der Telegraphenverwaltung zu *entlassen* ².

Mit Eingabe vom 18. Januar 1904 stellten die beiden Entlassenen das Gesuch, man möge sie auf Zusehen hin als provisorische Beamte

¹ Vgl. auch den unter Ziff. III, 3 erwähnten Fall.

^{1a} Vgl. Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 720 II; Werner Ammann, Die Wahrung der Berufsinteressen der öffentl. Angestellten unter besonderer Berücksichtigung der französischen Verhältnisse, Diss. Zürich 1912 S. 237; André Grisel 103; Schweiz. Post- und Telegraphenzeitung 1904 Nr. 8.

² Vgl. BBl 1904 I 94.

oder als Gehilfen wieder anstellen. Der Bundesrat beschloß am 12. Februar 1904, auf das Gesuch von Späni nicht einzutreten, da sich aus dessen Eingabe keine neuen Tatsachen ergaben, welche sein Verhalten in einem milderen Lichte hätten erscheinen lassen können. Dagegen wurde das eidgenössische Post- und Eisenbahndepartement ermächtigt, Roner in einem außerhalb Zürichs gelegenen Telegraphenbureau wieder in Dienst zu stellen ³.

Späni rekurrierte hierauf gegen seine Entlassung an die Bundesversammlung. Diesem Rekurs schloß sich nachträglich auch der Präsident des Föderativverbandes eidgenössischer Beamter, Angestellter und Arbeiter an ⁴. Die Bundesversammlung trat jedoch, dem Antrag des Bundesrates folgend, wegen Inkompetenz auf diese Beschwerde nicht ein ⁵.

b) Vorübergehende Amtseinstellung und Versetzung des Bundesbahnbeamten C. D. (1933) ⁶

Am 9. November 1932 führte in Genf eine sozialistisch-kommunistische Demonstration zu schweren Unruhen, sodaß eine eidgenössische Intervention (im Sinne von Art. 16 BV) nötig wurde. Bei der Abwehr des Angriffes auf die von Lausanne herbeigerufenen Ordnungstruppen wurden 13 Personen getötet und 60 verletzt. Hauptanstifter der Unruhen war der Kommunist Nicole.

Anläßlich eines von der sozialistischen Partei St. Maurice veranstalteten öffentlichen Balles hielt der Zugführer C. D., der in seiner Dienstuniform an der Veranstaltung teilnahm, zwischen zwei Tänzen eine *Rede*, in welcher er die *Behörden und die Armee* wegen ihres Vorgehens bei den *Genfer Unruhen* heftig *angriff*, die *Unruhestifter* und deren *Führer* dagegen *lobend erwähnte*. Nach seinem eigenen Geständnis sprach er von den «Genfer Massakern» und vom «Blutbad», das die Straßen der Stadt «beschmutzt» habe; er erklärte ferner, die Verhaftung des Kommunistenführers Nicole sei nichts als ein «Racheakt» der Behörden gewesen. Diese Redensarten des Zugführers brachten viele Bewohner von St. Maurice gegen ihn auf; den

³ Vgl. BBl 1904 I 406.

⁴ Vgl. Darstellung des Rekursfalles des C. Späni und der Mitglieder der vereinigten Verbände des eidg. Personals zu Händen der hohen Bundesversammlung, Luzern, Buchdruckerei C. J. Bucher, 1904.

⁵ Vgl. Bericht des Bundesrates vom 3. Juni 1904, BBl 1904 III 829 ff.

⁶ Vgl. André Grisel 104 f.

Beweis für diese Empörung lieferten die in den Lokalzeitungen gegen ihn erschienenen Artikel und die bei der Bahnverwaltung gegen ihn erhobenen Klagen.

Mit Beschluß vom 30. März 1933 *versetzte* die Kreisdirektion I der schweizerischen Bundesbahnen C. D. *disziplinarisch von St. Maurice nach La Chaux-de-Fonds und stellte ihn für die Dauer von 10 Tagen im Amte ein*, unter der Androhung, daß er bei Rückfall entlassen werde. In diesem Entscheid, der sich auf Art. 22 und 24 BBtG stützte, wurde ausgeführt, C. D. habe durch seine Worte einen Teil seiner Zuhörer in ihren Gefühlen verletzt und in St. Maurice und Umgebung eine berechnete Empörung ausgelöst. Seine Verhaltensweise sei umso sträflicher, als sie unter den gegebenen Umständen geeignet sei, die Werbeaktion der Verwaltung für vermehrte Benützung der Bahnen zu beeinträchtigen.

C. D. reichte gegen den Disziplarentscheid *Beschwerde* ein und veranlaßte ein Gutachten der zuständigen Disziplinarkommission⁷. Diese bestritt, daß *Art. 22 BBtG* anwendbar sei, mit der Begründung, die dem C. D. zur Last gelegte Pflichtverletzung sei *außer Dienst* begangen worden, die zitierte Gesetzesbestimmung gelte aber nur für das Verhalten *innerhalb* des Dienstes. Diese irrige Auslegung von Art. 22 BBtG⁸ veranlaßte die Disziplinarkommission, eine mildere Disziplinarstrafe zu beantragen⁹. Die Generaldirektion der schweizerischen Bundesbahnen schloß sich indessen dieser Argumentation nicht an, sondern *bestätigte den Entscheid der Vorinstanz*¹⁰. Nachdem sie dargelegt hatte, daß *Art. 22 BBtG auch für das außerdienstliche Verhalten* gelte, erklärte die Beschwerdeinstanz, die gravierenden Äußerungen des C. D. seien geeignet, der Bahnverwaltung erheblichen Schaden zuzufügen. Im Gegensatz zur Disziplinarkommission erblickte sie in der beruflichen Tüchtigkeit des Rekurrenten keinen mildernden Umstand, sondern vertrat im Gegenteil die Meinung, seine Intelligenz und Bildung hätten ihn besser als einen andern erkennen lassen müssen, wie fehl seine Worte am Platz waren und welchen Folgen er sich mit seinen Äußerungen aussetzte.

⁷ Vgl. VO vom 4. Oktober 1930 über die Disziplinarkommissionen, bes. Art. 4.

⁸ Über die Auslegung von Art. 22 BBtG vgl. vorn § 6 II S. 103 ff.

⁹ Vgl. Gutachten der Disziplinarkommission des Kreises I der schweiz. Bundesbahnen vom 21. August 1933.

¹⁰ Entscheid der Generaldirektion der SBB vom 22. September 1933.

2. Der «Fall Mutzner» im besonderen ¹¹

a) Sachverhalt

Der «Fall Mutzner», das klassische Beispiel zur Frage der Meinungsäußerung der Beamten, steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den in der Nachkriegszeit unternommenen gesetzgeberischen Bestrebungen zur Sicherstellung einer genügenden Elektrizitätsversorgung in der Schweiz. Ein im Ständerat eingereichtes *Postulat Klöti* vom 22. Juni 1943 regte an, den Bau der nötigen Werke dadurch zu erleichtern, daß die bestehenden Elektrizitätsunternehmen veranlaßt würden, sich zu einem Verbandsunternehmen zusammenzuschließen. Die Verwirklichung des ersten dieser Projekte, des Rheinwaldkraftwerkes, scheiterte jedoch am Widerstand der verfügbungsberechtigten Gemeinden, die die Erteilung der erforderlichen Konzessionen verweigerten, und zwar namentlich deshalb, weil durch den projektierten Stausee u. a. das ganze Dorf Splügen überflutet worden wäre. Das Scheitern dieses Projektes veranlaßte die Bundesbehörden zu prüfen, ob es verfassungsmäßig möglich wäre, für derartige Notfälle den Bau von Werken durch zwangsweise Verleihung des Nutzungsrechtes seitens des Bundes sicherzustellen. Das zuständige Departement entschloß sich deshalb, bei der Berichterstattung über das Postulat Klöti der Bundesversammlung eine entsprechende Revision des BG vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG) vorzuschlagen ¹².

Dr. Carl Mutzner war seit 1918 Direktor des eidgenössischen Amtes für Wasserwirtschaft. Als Berater des Chefs des eidg. Post- und Eisenbahndepartementes in allen den Ausbau der Wasserkräfte be-

¹¹ Vgl. die Broschüre «Die Sicherung einer genügenden Elektrizitätsversorgung, Kritischer Beitrag zu den Verhandlungen in der Bundesversammlung über die Revision des Wasserrechts» von «Hydro Electricus» (Dr. C. Mutzner), Verlag Löpfe-Benz, Rorschach 1947; Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner; Robert Geilinger, Um die Meinungsfreiheit der Bundesbeamten, NZZ Nr. 1860 vom 24. September 1947 Bl. 7; Hans Huber, grundsätzliche Erwägungen zum «Fall Mutzner», NZZ Nr. 1863 vom 25. September 1947 Bl. 2; Artikel «Epilog zum Fall Mutzner», NZZ Nr. 2295 vom 2. November 1948 Bl. 6; Artikel «Von der Meinungsfreiheit und Treuepflicht der Beamten», NZZ Nr. 2324 vom 6. November 1948 Bl. 4.

¹² Vgl. den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Postulat über die Ausnützung der Wasserkräfte und Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, beide vom 24. September 1945, BBl 1945 II 81 ff. — Die bundesrätliche Gesetzesvorlage vom 24. September 1945 sah namentlich folgende Neufassung von Art. 11 WRG vor:

rührenden Fragen oblag es ihm, zu Handen seines vorgesetzten Departementes und des Bundesrates die Maßnahmen vorzubereiten, die dem Bunde auf diesem neuen Gebiete zustanden und zu diesem Zwecke die einschlägigen wirtschaftlichen und technischen Fragen zu verfolgen.

Er war ein entschiedener *Gegner der bundesrätlichen Revisionsvorlage vom 24. September 1945*. Nachdem diese Vorlage am 19. März 1947 vom Nationalrat gutgeheißen worden war¹³, entschloß sich Direktor Mutzner daher, in einer Broschüre zur Elektrizitätspolitik des Bundesrates *öffentlich* Stellung zu nehmen. Zuvor hatte er noch juristischen Rat über die Vereinbarkeit eines solchen Vorgehens mit seinen Amtspflichten eingeholt. Am 11. Mai 1947 legte er seine vorbereitete Schrift alt Ständerat Löpfe vor, welcher ihn ermunterte, seine Darlegungen zu veröffentlichen, und Druck und Verlag übernahm. Am 30. Mai benachrichtigte Direktor Mutzner seinen Vorgesetzten, den Vorsteher des eidg. Post- und Eisenbahndepartementes, er beabsichtige, unter dem Pseudonym «Hydro Electricus» eine Broschüre herauszugeben; ein Exemplar legte er dieser Mitteilung nicht bei, da er die Schrift damals noch nicht besaß. Diese wurde vom Verlag am 31. Mai veröffentlicht und noch am selben Tag den Mitgliedern der Bundesversammlung zugestellt, die am 2. Juni zur Sommersession zusammentreten sollten. Der Ständerat, welcher — wie auf der Traktandenliste vorgesehen — die Revision des Wasserrechtsgesetzes zu behandeln hatte, lehnte es ab, auf die Vorlage des Bundesrates einzutreten. Dabei verwies ein Votant auf die Broschüre des «Hydro Electricus», doch wurde der Name des Verfassers in der Debatte nicht genannt.

Die Ende Mai 1947 unter dem Pseudonym «Hydro Electricus» erschienene *Schrift Direktor Mutznern* trug den Titel: «Die Sicherung einer genügenden Elektrizitätsversorgung, kritischer Beitrag zu den Verhandlungen in der Bundesversammlung über die Revision des

«Wenn ein verfügbareberechtigtes Gemeinwesen die Erteilung einer Wasserrechtsverleihung für ein Werk oder eine Werkgruppe mit einer durchschnittlichen Jahresproduktion von mindestens hundert Millionen Kilowattstunden verweigert oder an Bedingungen knüpft, die einer Verweigerung gleichkommen, so kann der Bundesrat im Namen dieses Gemeinwesens das Nutzungsrecht verleihen, sofern die Verleihung im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines großen Teiles des Landes liegt.»

¹³ Mit der Vorlage war auch der abgeänderte Art. 11 WRG — allerdings in abgeschwächter Form — angenommen worden. Vgl. dazu NZZ Nr. 526 vom 19. März 1947 Bl. 5.

Wasserrechts.» Die Broschüre wandte sich gegen die *Revisionsvorschläge* des bundesrätlichen Entwurfes; ihre drei *Hauptthesen* waren: 1. dieser Entwurf sei *verfassungswidrig*, da er die Gewässerhoheit den Kantonen teilweise entziehe; 2. das bestehende *Wasserrechtsgesetz von 1916* genüge für eine Verbesserung der Elektrizitätsversorgung, wenn endlich die erhältlichen Konzessionen ausgenützt würden, und 3. das in Art. 24^{bis} Abs. 9 BV vorgesehene Bundesgesetz über die Fortleitung und die Abgabe der elektrischen Energie hätte schon längst vorbereitet und erlassen werden sollen.

Diese Broschüre wurde Direktor Mutzner seitens des Bundesrates unter verschiedenen Gesichtspunkten zum *Vorwurf* gemacht:

1. Zunächst wurde es als unzulässig bezeichnet, daß ein Beamter in der Stellung des Genannten das ihm vorgesetzte Departement und den Bundesrat durch *öffentliche Kritik* angreife.

2. Als besonders schwerwiegend wurde hervorgehoben, daß solche Kritik unter einem *Decknamen* veröffentlicht worden sei, und zwar

3. ausgerechnet in einem *Zeitpunkt*, indem sie dem Vertreter des Bundesrates die Durchsetzung der angegriffenen Gesetzesvorlage im Parlament besonders erschwert habe;

4. dabei habe der Verfasser *Aktenmaterial* verwendet, das ihm nur kraft seines Amtes zugänglich gewesen sei.

5. Die Broschüre sei als ein Racheakt Direktor Mutznerns aufzufassen.

6. Ferner wurde eine ganze *Reihe einzelner Äußerungen* der Schrift beanstandet, sei es wegen ihrer ausgesprochen *polemischen Fassung*, sei es, weil sie dem Departementsvorsteher ungerechtfertigte *Irrtümer und Unterlassungen* nachsagte, sei es endlich, weil sie *unrichtige Behauptungen oder Ungenauigkeiten* enthielten.

7. Insbesondere wurde geltend gemacht, daß die Broschüre den Vorsteher des Post- und Eisenbahndepartementes *verdächtige*, dem Bundesrat und den eidgenössischen Räten im Zusammenhang mit der Novelle zum Wasserrechtsgesetz *Rechtsgutachten vorenthalten zu haben*, und daß darin versucht werde, ein Departement gegen das andere *auszuspielen*.

Im Hinblick auf die gegen die bundesrätliche Elektrizitätspolitik gerichtete Schrift teilte der Vorsteher des eidg. Post- und Eisenbahndepartementes Direktor Mutzner mit Brief vom 21. Juli 1947 — dessen Wortlaut vom Bundesrat in der Sitzung vom 18. Juli genehmigt worden war — mit, daß er *das in ihn gesetzte Vertrauen verloren habe*; der Bundesrat sehe sich daher veranlaßt, seine *Nichtwiederwahl* als Direktor des Wasserwirtschaftsamtes für die Amtsperiode 1948/50 in Betracht zu ziehen. Gleichzeitig wurde Direktor Mutzner nahe gelegt, in seinem eigenen Interesse, unter Wahrung seiner wohl-

erworbenen Rechte, auf Ende des Jahres 1947 zurückzutreten. Direktor Mutzner teilte jedoch mit Schreiben vom 18. August 1947 mit, er sehe sich nicht veranlaßt, die Auflösung des Dienstverhältnisses zu beantragen. Dabei machte er vor allem geltend, mit der Veröffentlichung seiner anonymen Schrift habe er die Grenzen der Freiheit der Meinungsäußerung nicht überschritten und seine Beamtenpflichten nicht verletzt.

Mit Schreiben vom 12. Dezember 1947 teilte der Bundesrat Direktor Mutzner mit, daß gestützt auf Art. 32 BBtG ein *Disziplinarverfahren* gegen ihn eingeleitet werde; gleichzeitig wurde ihm — im Hinblick auf die Bestimmung von Art. 57 BBtG — eröffnet, daß er «vorsorglicherweise von der *Wiederwahl* als Beamter für die am 1. Januar 1948 beginnende Amtsdauer *ausgeschlossen*» worden sei. In einem Schreiben vom 11. Dezember präzisierte das eidg. Finanz- und Zolldepartement «im Einvernehmen mit dem Post- und Eisenbahndepartement und dem Bundesrat als Gesamtbehörde» das Rechtsverhältnis Direktor Mutznern zum Bunde in dem Sinne, daß er unter Ausrichtung der «seiner bisherigen Stellung entsprechenden Bezüge» für die Dauer des Disziplinarverfahrens «von seinen Funktionen entlastet und beurlaubt» sei. Ein *Rücktritt* Direktor Mutznern, von dem die Presse Ende 1947 zu berichten wußte, ist demnach *nicht erfolgt* ¹⁴.

Mit der Durchführung der Disziplinaruntersuchung wurde eine besondere *Kommission* betraut, die sich ausschließlich aus außerhalb der Verwaltung stehenden Persönlichkeiten zusammensetzte (Art. 27 Abs. 3 BtO I). Diese Kommission hatte den *Auftrag*, sich darüber auszusprechen, ob sie die gegen Direktor Mutzner erhobenen Vorwürfe für gerechtfertigt halte, und «Anträge über die disziplinarische Verantwortlichkeit des Beschuldigten» zu stellen. Nach Durchführung einer sehr eingehenden Untersuchung gelangte die Kommission zu folgenden *Schlüssen*:

¹⁴ Noch bevor die Disziplinaruntersuchung begonnen hatte, war im September 1947 in der Öffentlichkeit eine heftige Diskussion über die «Angelegenheit Mutzner» entbrannt. Das Vorgehen des Bundesrates gegenüber Direktor Mutzner wurde fast ausnahmslos mißbilligt, weil man darin einen Verstoß gegen die grundsätzlich auch den Beamten zustehende Freiheit der Meinungsäußerung erblickte. Vgl. insbes. Hans Huber, Grundsätzliche Betrachtungen zum «Fall Mutzner», NZZ Nr. 1863 vom 25. September 1947, Bl. 2. — Die Schlußfolgerungen der Disziplinarkommission bestätigten nachträglich im wesentlichen das Urteil der öffentlichen Meinung.

1. Direktor Mutzner habe sich durch *einzelne Äußerungen in seiner Broschüre* sowie durch *gewisse Unterlassungen vor deren Veröffentlichung der Verletzung seiner Dienstpflichten* schuldig gemacht.

2. Als Disziplinarstrafe angemessen erscheine ein *Verweis* im Sinne von Art. 31 Abs. 1 Ziff. 1 BBtG, in welchem allerdings auch die Begrenzung des Vorwurfes deutlich zutage treten müßte.

3. Die bezeichnete Bestrafung (Verweis) erscheine als gerechtfertigt für den Fall, daß sich der Bundesrat bewogen sähe, das Dienstverhältnis des Beschuldigten nachträglich — mit Wirkung ab 1. Januar 1948 — zu erneuern.

4. Entschließe sich der Bundesrat nicht hiefür, sondern lasse er es bei der am 12. September 1947 angeordneten Nichtwiederwahl bewenden, so habe diese *nicht als disziplinarische* Entlassung zu gelten, und die nachträgliche Ausfällung einer Strafe für früheres dienstliches Verhalten falle nicht mehr in Betracht.

Mit Entscheid vom 22. Oktober 1948 schloß sich der *Bundesrat* den Schlußfolgerungen der Disziplinar Kommission vom 10. Mai 1948 an und stellte mit derselben fest, daß sich Direktor Mutzner durch einzelne Äußerungen in seiner Broschüre wie durch gewisse Unterlassungen vor ihrer Veröffentlichung der Verletzung seiner Dienstpflichten schuldig gemacht habe. An diese Pflichtverletzungen wurde aber *keine Rechtsfolge* geknüpft, weil sich der Bundesrat entschloß, *an der vorsorglich verfügten Nichtwiederwahl Direktor Mutznern festzuhalten* und ihm seine statutengemäße Pension auszurichten.

b) Die Erwägungen der Disziplinar Kommission:
das richtunggebende Präjudiz für die Meinungsfreiheit
der Beamten in der Schweiz

Es wäre ein müßiges und von vornherein erfolgloses Unterfangen, die erschöpfende und überaus treffende Würdigung, die der «Fall Mutzner» seitens der Disziplinar Kommission erfahren hat, überbieten zu wollen, und es bleibt nur zu hoffen, es lasse sich inskünftig auch die Praxis der obersten Disziplinarbehörden von den grundsätzlichen Erwägungen leiten, zu denen die Kommission — wie sie selbst sagte — «auf Grund der Prinzipien, welche die Stellung des Beamten in unserer freiheitlichen Demokratie bestimmen», gelangte. Diese Erwägungen und nicht der Entscheid des Bundesrates (und seiner vereinzelter Verteidiger)¹⁵ müssen als das *richtunggebende Präjudiz*

¹⁵ So Robert Geilinger, Um die Meinungsfreiheit der Bundesbeamten, NZZ Nr. 1860 vom 24. September 1947 Bl. 7.

für die Meinungsfreiheit der Beamten in der Schweiz angesehen werden.

Die Disziplinarkommission begründete ihre Stellungnahme im wesentlichen wie folgt (Unterstreichungen z. T. vom Verf.) ¹⁶:

Die Grundlage der Beurteilung bilden einerseits die Pressefreiheit (Art. 55 BV), anderseits das Bundesbeamtengesetz, das den Beamten besondere Pflichten auferlege. In Frage stehe insbesondere die Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten in und außer Dienst und zu einem höflichen und taktvollen Benehmen gegenüber Vorgesetzten, Mitarbeitern und Untergebenen (Art. 24 BBtG); sodann falle auch die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit in Betracht (Art. 27 BBtG).

Das Individualrecht, seine Meinung durch die Presse öffentlich kundzugeben, sei durch die Bundesverfassung jedermann gewährleistet und stehe somit auch den Beamten zu. Daraus folge, daß der Staat seine Beamten disziplinarisch nur verantwortlich machen könne, wenn sie durch den Gebrauch der Presse oder bei deren Gebrauch eine spezielle Amtspflicht verletzt haben. Dabei kommen vor allem die Pflichten in Betracht, die den Beamten mit Bezug auf ihr außerdienstliches Verhalten obliegen, denn die Verbreitung ihrer persönlichen Meinung gehöre regelmäßig nicht zu den dienstlichen Obliegenheiten.

Es sei ein dienstliches Interesse, daß die Vorgesetzten einem Beamten Vertrauen entgegenbringen können. Vertrauen sei aber etwas Persönliches. Ob es bestehe oder nicht, hänge nicht allein vom Beamten ab, sondern auch vom Vorgesetzten. Daß es nicht bestehe, könne nicht unter allen Umständen dem Beamten zur Last gelegt werden; möglicherweise sei keinem der Beteiligten daraus ein Vorwurf zu machen. Deshalb verlange denn auch das Gesetz nicht Treue gegenüber den Vorgesetzten, sondern gegenüber den «Interessen des Bundes»; es fordere nicht ein Verhalten gegenüber den Vorgesetzten, das den Beamten zu unbedingter Unterwürfigkeit zwänge. Vielmehr müsse der Beamte darauf bedacht sein, daß er des Vertrauens würdig sei. Wenn sich daher die Frage erhebe, ob es im erforderlichen Maße vorhanden sei, und ob er es gefährdet habe, so könne ihm nur ein Verhalten zum Vorwurf gemacht werden, das nach objektivem Urteil seine Vertrauenswürdigkeit als zweifelhaft erscheinen lasse.

Diese Unterscheidung sei für die Beurteilung von Meinungsdifferenzen über die Besorgung der Dienstgeschäfte von besonderer Be-

¹⁶ Die auszugsweise Wiedergabe der Erwägungen erfolgt mit Rücksicht darauf, daß sie bisher nirgends veröffentlicht worden sind. Zur Vermeidung von Wiederholungen waren Kürzungen unumgänglich. Die betreffenden Schlußfolgerungen der Disziplinarkommission wurden bereits an anderer Stelle im Zusammenhang gewürdigt (vgl. § 4, insbes. S. 77—80, 87; § 5 II und III, S. 99—102; § 6 III S. 109 ff.; § 7 I S. 121 ff.). — Über die Beurteilungsgrundlage vgl. insbes. S. 11—17 des Untersuchungsberichtes i. S. Dr. C. Mutzner.

deutung, und zwar namentlich dann, wenn für diese Geschäfte das behördliche *Ermessen* maßgebend sei. Die Vorgesetzten, welche die Verantwortung tragen, haben grundsätzlich Anspruch darauf, daß sich ihre Untergebenen ihrem Ermessen fügen, die Geschäfte nach ihren Intentionen besorgen und nichts tun, was deren Verwirklichung erschweren könnte. Insofern sie befugt seien, ihr Ermessen walten zu lassen, bestimmen sie die Bundesinteressen, deren getreue Wahrung das Gesetz von den Beamten verlange. Das sei für die Beamten verbindlich, die sich dienstlich mit dem so bestimmten Interesse irgendwie zu befassen hätten. Und zwar haben sie es dann *grundsätzlich auch außer Dienst* zu beachten; wenn sie außer Dienst den behördlichen Entscheidungen entgegentreten, bestehe die Möglichkeit, daß ihnen die dadurch entstehende Vertrauensminderung zum Vorwurf gereiche. Für Beamte, die dienstlich mit dem Gegenstande der behördlichen Entscheidung nichts zu tun haben, bestehe diese Gefahr nicht. Ihre Vertrauenswürdigkeit werde regelmäßig durch Widerspruch gegen solche Entscheidungen nicht berührt werden.

In einer *besonderen Lage* befinden sich die Beamten, die dazu berufen seien, *bei behördlichen Entscheidungen* zur Bestimmung der Bundesinteressen *mitzuwirken* und die *Behörden* dabei zu *beraten*. Sie seien einerseits verpflichtet, der Behörde gegenüber ihre persönliche Meinung zur Geltung zu bringen; auf der andern Seite müssen sie sich aber darüber klar sein, daß nicht sie, sondern die Behörde die Verantwortung für die Entscheidung trage, und daß sie sich fügen müssen, wenn ihre eigene Meinung nicht durchdringe. Die Behörde sei nicht verpflichtet, der Öffentlichkeit Aufschluß darüber zu erteilen, wie sich die interne Willensbildung im einzelnen vollzogen und ob sie die ihr unterbreiteten Ratschläge dabei beachtet habe. Handle es sich darum, daß ihre Entscheidung, wie bei einer Gesetzesvorlage, vor der Öffentlichkeit vertreten werden müsse, um zur Wirkung zu gelangen, so könne der Behörde die Erreichung ihrer Ziele erschwert werden, wenn Beamte, die bei der Vorbereitung mitgewirkt haben und deren Ansicht nicht durchgedrungen sei, diese Ansicht dann öffentlich vertreten. Die Erschwerung werde dann besonders fühlbar sein, wenn der Beamte, der Widerspruch erhebe, kraft seiner Stellung und seiner Sachkenntnis in der Öffentlichkeit Autorität genieße. Es sei dann möglich, daß aus sachlichen und nichtsachlichen Gründen das Gewicht der von der Behörde geltend gemachten Argumente für die gewünschte Entscheidung vermindert werde, und daß es daher nicht gelinge, sie durchzusetzen. Damit setze der Beamte, der so handle, regelmäßig das Vertrauen, dessen er von Seiten der Behörde bedürfe, aufs Spiel, und es bedürfe besonderer Umstände, wenn ihm das nicht soll zum Vorwurf gemacht werden können.

Als ein solcher *besonderer Umstand* müsse nun aber gelten, wenn der betreffende Beamte seinen Widerspruch mit *rechtlichen Bedenken* gegen die behördlichen Bestrebungen begründe. Die Vorgesetzten dürfen zwar von ihm im Sinne der vorstehenden Ausführungen

grundsätzlich verlangen, daß er bei der Erfüllung seiner Obliegenheiten gemäß den von ihnen festgelegten rechtlichen Auffassungen handle. Aber seine *Treuepflicht gegenüber der Bundesverfassung* könne es im Einzelfall doch gebieten, daß er zunächst intern, wenn nötig aber auch *öffentlich* dem Zustandekommen *rechtswidriger Entscheidungen* entgegenetrete. Denn daß die öffentlichen Geschäfte nach Maßgabe des geltenden Rechts und vor allem verfassungsmäßig besorgt werden, sei einer der obersten Grundsätze des demokratischen Rechtsstaates und ein Beamter, der eine Abweichung vom geltenden Recht zu verhindern suche, mache sich damit des Vertrauens, das seine Stellung erfordere, nicht unwürdig.

Als ein *besonderer Umstand*, der die Geltendmachung der eigenen Meinung ausnahmsweise zu rechtfertigen vermöge, könne ferner auch die auf *persönlicher, erarbeiteter Sachkenntnis beruhende Überzeugung* gelten, daß bei einer Entscheidung wichtige Gesichtspunkte, die hätte berücksichtigt werden müssen, *verkannt worden seien*. Werde die Öffentlichkeit von anderer Seite nicht auf solche hingewiesen, so könne es dem Beamten nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß er es tue. Bei der Beurteilung seiner Vertrauenswürdigkeit sei dann das Interesse der Allgemeinheit an der völligen Klärung der Interessenlage höher zu werten als die allfällige Störung des Vertrauensverhältnisses, das tatsächlich zwischen ihm und der vorgesetzten Behörde bestanden haben möge und das nachher vielleicht nicht mehr herstellbar sei. Denn *vertrauenswürdig* könne auch der Beamte sein, dem es nicht gelungen sei, sich das volle Vertrauen seiner Vorgesetzten zu erhalten; die Frage, ob der Behörde dann die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses noch zuzumuten sei, entziehe sich, in den Schranken des Willkürverbotes, der rechtlichen Beurteilung. Zur Entlastung des Beamten sei aber in jedem Falle *unerläßlich*, daß er, bevor er sich zur öffentlichen Geltendmachung seiner abweichenden Meinung entschließe, alles in seinen Kräften Stehende tue, um seine Vorgesetzten zu überzeugen.

Von dieser Grundlage aus gelangte die Disziplinarkommission gestützt auf das Untersuchungsergebnis im wesentlichen zu folgender *Beurteilung des Verhaltens von Direktor Mutzner* 17:

Direktor Mutzner habe zum Kreis jener Beamten gehört, die auf ihrem Sachgebiet unmittelbar zu *Beratern der obersten Bundesverwaltungsbehörden* berufen sind. Seine Ansichten über die einschlagende Elektrizitätspolitik seien jedoch weitgehend *andere* gewesen als diejenigen seiner *vorgesetzten Behörden*.

Trotz unermüdlicher Arbeit sei er aber nie dazu gelangt, seine Ideen im Zusammenhang darzustellen und ihre politische und wirt-

17 Vgl. den Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 17—21.

schaftliche Tragweite ins Licht zu rücken. Davon habe ihn namentlich auch das Bestreben abgehalten, den Intentionen seiner Vorgesetzten, wenn immer möglich, Rechnung zu tragen, sich streng an die Grenzen seiner Kompetenzen zu halten und Konflikte zu vermeiden. Dies habe er stets als seine oberste Pflicht angesehen und sich nicht zu dem Versuch befugt erachtet, gegenüber der von seiner vorgesetzten Behörde eingeschlagenen Politik entschiedene Vorstellungen zu erheben. Er habe zwar seine Ansichten nicht verschwiegen, sondern sie bei allen möglichen Gelegenheiten zum Ausdruck gebracht. Das sei aber immer mit großer Zurückhaltung und sichtlich im Bewußtsein geschehen, daß ihm nichts weiter erreichbar sei, als die Wahrung seines Standpunktes. Er sei durchaus darauf eingestellt gewesen, die vorgesetzte Behörde nach bestem Wissen und Gewissen auf alles hinzuweisen, was für eine Entscheidung in Betracht falle, und habe sich bemüht, auch die Gesichtspunkte zur Geltung zu bringen, die seines Erachtens bisher nicht genügend beachtet worden seien. Er habe es aber unterlassen, eingehender zu begründen, weshalb er sie für entscheidend hielt.

Als unter der Leitung Direktor Mutznern in mühsamer Arbeit der Bericht vom November 1944 zum Postulat Klöti ausgearbeitet worden sei, habe man den Entwurf so abgefaßt, daß es dem Departement möglich sein sollte, ihn im Sinne des Wasserwirtschaftsamtes zu ergänzen. Als das nicht geschehen, und Direktor Mutzner statt dessen eine tiefgreifende Umarbeitung zur Vernehmlassung übermittelt worden sei, habe er das zwar nicht ohne Protest gegenüber dem Autor der neuen Fassung hingenommen, aber er habe keinen grundsätzlichen Widerspruch erhoben, obwohl er nun einer Vorlage gegenübergestanden habe, die er schon *verfassungsrechtlich* nicht für annehmbar gehalten habe. Seine Vernehmlassung sei äußerst *vorsichtig* abgefaßt; wenn sie auch Einwände gegen die in Aussicht genommene Gesetzesrevision geltend mache, so stelle sie diese doch nicht in den Vordergrund, sondern führe sie neben andern Bemerkungen zum Berichtsentwurf auf. Zu dessen endgültiger Fassung habe er sich nochmals äußern müssen und sich dabei auf den einen Satz beschränkt: «Wir haben keine Bemerkungen anzubringen.» Nach diesen Vorgängen habe die vorgesetzte Behörde annehmen dürfen, Direktor Mutzner habe sich mit den von ihr aufgestellten Vorschlägen *abgefunden* und es sei von seiner Seite *kein Widerspruch* dagegen zu gewärtigen, wenn er auch wohl von ihrer Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit nicht überzeugt sei. Es sei deshalb begreiflich, daß die Publikation seiner Broschüre das Vertrauen seiner Vorgesetzten erschüttert habe, und wenn das geschehen sei, so könne er *nicht als völlig schuldlos* bezeichnet werden. Er habe den *Eindruck* erweckt, daß er die *Vorlage hinnehme* und den Entscheid der eidgenössischen Räte gewärtige und habe dann *trotzdem* seine Stimme *öffentlich dagegen* erhoben. Das wäre dann vollständig in Ordnung gewesen, wenn er vorher nichts unterlassen hätte, um die vorgesetzten Behörden von einer Politik abzuhalten, die seines Erachtens dem Wohle des Landes

nicht entsprach und mit der Verfassung nicht vereinbar war. Sie in diesem Sinne zu beraten, habe er allerdings immer wieder versucht; aber seine Fügsamkeit habe ihn doch verhindert, jene Abklärung herbeizuführen, die sein Vorgehen hätte voll rechtfertigen können.

In der *Verwendung eines Pseudonyms* erblickte die Kommission m. E. zu Recht nichts Unzulässiges. Direktor Mutzner habe sich glaubhafterweise deshalb zur Anonymität entschlossen, weil er durch das Gewicht seiner sachlichen Darlegungen und nicht durch die Autorität seiner amtlichen Stellung habe wirken wollen. Indem er seinem Vorgesetzten mitgeteilt habe, daß er der Verfasser der Broschüre sei, habe er kundgetan, daß er als Privatperson auftreten und nicht seine amtliche Stellung ausnützen wolle; außerdem habe er damit den Behörden zum vornherein Nachforschungen nach dem Verfasser erspart. Daß nach dem ganzen Inhalt der Schrift der Verdacht, daß sie von ihm ausgehe, namentlich für amtliche Kreise, nahegelegen habe und auch geäußert worden sei, spiele unter diesen Umständen keine Rolle.

Auch die *Wahl des Zeitpunktes der Publikation* belaste den Beschuldigten *nicht besonders*. Unter der Voraussetzung, daß eine verfassungsmäßige Lösung möglich sei, war es nach Auffassung der Disziplinarkommission geboten, für sie einzutreten, nachdem sich der Nationalrat grundsätzlich für die bundesrätliche Vorlage ausgesprochen habe und in seinen Beratungen der in der Broschüre vertretene Standpunkt nicht zur Geltung gebracht worden sei. Daß der Ständerat es abgelehnt habe, auf die Vorlage einzutreten, könne Direktor Mutzner nicht zur Last gelegt werden. Wenn der Ernst beeindruckt habe, mit welchem die Schrift die verfassungsrechtlichen Bedenken geltend mache, so gereiche das dem Verfasser nicht zum Vorwurf. Der Nichteintretensbeschluß habe übrigens dem Mehrheitsantrag der ständerätlichen Kommission entsprochen, und es sei anzunehmen, daß für den Entscheid die Argumente dieser Kommission maßgebend gewesen seien. Wie weit allenfalls die Broschüre die Abstimmung beeinflusst habe, lasse sich allerdings nicht ermitteln; man dürfe aber doch nicht annehmen, die eidgenössischen Räte ließen sich durch derartige private Kundgebungen leichthin beeinflussen oder gar leiten.

Die Vermutung, Direktor Mutzner habe an den Behörden für die Begünstigung, die sie dem Projekt eines Großkraftwerkes am Splügen hatten angedeihen lassen, *Rache* nehmen wollen, erwies sich nach den Feststellungen der Kommission ebenfalls als nicht begründet. Ebensowenig könne gesagt werden, daß er aus *Erbitterung* über den Entzug der Zuständigkeit auf dem Gebiete der Wasserkraftnutzung gehandelt habe. Dagegen könne diese Maßnahme sehr wohl zur Überzeugung beigetragen haben, er sei nicht mehr zu völliger Zurückhaltung seiner persönlichen Ansichten verpflichtet.

Ganz im Gegensatz zum Bundesrat gelangte die Disziplinarkommission nach sorgfältiger Prüfung des Sachverhaltes und der Rechts-

lage zur Auffassung, es könne Direktor Mutzner mit Bezug auf die Publikation seiner Broschüre als solcher einzig der Vorwurf gemacht werden, daß er intern, seinen Vorgesetzten gegenüber, seine abweichende Meinung nicht mit der nötigen Energie und Beharrlichkeit vertreten habe¹⁸.

Zum Schluß prüfte die Kommission, inwiefern sich Direktor Mutzner durch *einzelne Äußerungen* in seiner Broschüre, die ihm seitens seiner Vorgesetzten ausdrücklich zum Vorwurf gemacht wurden, gegen seine Dienstpflichten vergangen habe. Dabei kam sie zu folgenden *Ergebnissen*¹⁹:

Bei der Mehrzahl der inkriminierten Äußerungen hänge der Entscheid darüber, ob sich der Vorwurf rechtfertige, vom *Urteil über die Zulässigkeit politischer Stellungnahme* ab. Das gelte zunächst von den Äußerungen, die als «Angriffe» bezeichnet worden seien. Wenn die Dienstpflicht Direktor Mutzner nicht absolut verboten habe, seine abweichende Meinung öffentlich zu vertreten — was nicht der schweizerischen Auffassung von der rechtlichen Stellung des Beamten entspreche — so könne es ihm nicht verwehrt sein, zu sagen, seiner Meinung nach brächten die Vorschläge des Bundesrates eine «Verschlechterung der Lage», sie seien «verfassungswidrig», der Bericht vom 24. September 1945 gelange zu «falschen Resultaten», es seien «überflüssigerweise umständliche wirtschaftliche Untersuchungen» angestellt worden. Das gelte aber auch von den meisten Ausführungen, die als «falsche Behauptungen und Ungenauigkeiten» bezeichnet worden seien. Zum Teil sei der Vorwurf der Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit schon an sich unbegründet.

Auch die weiteren Vorwürfe, die sich auf einzelne Äußerungen bezogen, wurden von der Kommission nach eingehender Prüfung größtenteils *nicht* als *stichhaltig* befunden. Insbesondere wurde festgestellt, daß von denjenigen Einzelausführungen, die darum besonders beanstandet wurden, weil der Verfasser darin dem ihm direkt vorgesetzten Departementsvorsteher Irrtümer und Unterlassungen nachsage, die meisten Feststellungen oder Urteile enthalten, deren Formulierung unbedenklich sei, wenn politische Kritik nicht von vornherein als mit der Dienstpflicht unvereinbar zu gelten habe.

Immerhin blieben auch nach Auffassung der Disziplinarkommission einige Ausführungen der Broschüre übrig, bei denen man sich fragen könne, ob der Verfasser die gebotene Zurückhaltung in der Ausübung an sich erlaubter Kritik gewahrt habe. Zu dieser Frage berechtige einmal die Aufforderung an das Departement, seinen «Druck» auf die Kantone und die Gemeinden einzustellen; zu weit gehe es aber auch, die bundesrätliche Vorlage mit dem von Prof.

¹⁸ Vgl. zum vorstehenden: Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 21—24.

¹⁹ Vgl. den Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 25—32.

Giacometti geprägten polemischen Ausdruck als «Lex Splugensis» zu bezeichnen²⁰, womit die Vorlage als verfassungswidriges «Individualgesetz» und damit als Willkürakt charakterisiert werden sollte.

Als *gravierendsten Ausfall* müsse man jedoch die Bemerkungen über die Möglichkeit, es seien der Öffentlichkeit Gutachten vorenthalten worden, betrachten. Mit diesen Ausführungen habe Direktor Mutzner die *Grenze des Zulässigen überschritten*. Daran ändere auch die Tatsache nichts, daß eine schweizerische Tageszeitung ihrerseits die Behauptung aufgestellt habe, es seien noch weitere Gutachten vorhanden. Die Entscheidung darüber, wie weit die Behörde von den gesammelten Materialien der Öffentlichkeit habe Kenntnis geben wollen, sei nicht *ihm* zugestanden. Er hätte es dem Departement oder dem Bundesrat überlassen müssen, über die vorhandenen Gutachten Auskunft zu erteilen. Das *Amtsgeheimnis* habe er freilich insofern nicht gebrochen, als er nicht verbreitet habe, es sei ein weiteres Gutachten vorhanden. Dagegen habe er die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit darauf gelenkt, daß diese Behauptung aufgestellt worden sei, und daran eine Vermutung geknüpft, die geeignet sei, *Mißtrauen gegen eine Behörde* zu wecken. Das aber habe er nicht tun dürfen. Unzulässig sei es auch gewesen, die Frage aufzuwerfen, ob außer dem einen noch weitere Gutachten vorenthalten worden seien.

Dagegen könne *kein Vorwurf* daraus abgeleitet werden, daß Direktor Mutzner die auf seiner Amtstätigkeit beruhende *Vertrautheit mit dem Gegenstande* in seiner Broschüre verwertet habe. Wenn die Verfassung dem Individuum Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit gewährleiste, so stehe einem jeden Bürger die Befugnis zu, diese Freiheiten so zu gebrauchen, wie er es gemäß seinen Erfahrungen, Kenntnissen und Fähigkeiten im gegebenen Augenblick zu tun vermöge; er sei keine Rechenschaft darüber schuldig, auf welche Weise er dazu gekommen sei, sich über den behandelten Gegenstand ein Urteil zu bilden, es sei denn, daß ihm über gewisse Dinge Verschwiegenheit besonders zur Pflicht gemacht wäre. Daher müsse es auch einem Beamten, mit dieser Einschränkung, *erlaubt* sein, die im Amte erworbene *Sachkenntnis* in denjenigen persönlichen Äußerungen zu *verwerten* und zur Geltung zu bringen, die ihm dem Gegenstande und der Art der Behandlung nach erlaubt sind; er sei nicht verpflichtet, nur darum zu schweigen, weil er infolge seiner amtlichen Beschäftigung besser als andere in der Lage sei, einen Sachverhalt zu beurteilen.

In Würdigung aller jener Momente, die nach Art. 23 BtO I zu berücksichtigen waren, hätte sich nach Auffassung der Untersuchungskommission nur die *Disziplinarstrafe des Verweises* gerechtfertigt. Die langjährigen treuen Dienste, die auch von Seiten der Vorgesetzten wiederholt gewürdigt und anerkannt worden seien, und vor allem

²⁰ Vgl. Giacometti, Lex Splugensis, SJZ 42 (1946) S. 113 ff.

die *Beweggründe* ließen eine *schärfere Bestrafung* als *ungerecht* erscheinen. Direktor Mutzner habe weder persönliche noch parteipolitische Ziele verfolgt, sondern geglaubt, durch sein Vorgehen dem Landesinteresse zu dienen. Als Disziplinarstrafe falle deshalb nur ein Verweis in Betracht; und zwar könne es sich dabei — nach Auffassung der Kommission — *nicht* um einen *allgemeinen* Verweis wegen der Publikation der Broschüre handeln, *sondern* lediglich um einen auf die einzelnen haltbaren Vorwürfe *begrenzten* Verweis.

Abschließend erklärt die Kommission überaus treffend ²¹:

«Es galt, einerseits das Prinzip der freiheitlichen Meinungsbildung zu wahren, demgemäß *alle* Staatsbürger — und gerade auch die Staatsbeamten! — bei der Findung der richtigen und gerechten Lösung für die staatlichen Aufgaben sollen mitwirken können; anderseits galt es aber auch, den Erfordernissen der Einheit und Geschlossenheit im Handeln der Verwaltung, derer auch unser demokratischer Bundesstaat nicht entraten kann, Rechnung zu tragen. Schweizerisches Freiheitsempfinden lehnt alle jene Anschauungen scharf ab, welche vom Beamten nur ‚Gehorsam und Disziplin‘ fordern. Die ‚Freiheit‘ der Demokratie — welche eine ‚Freiheit in der Ordnung‘ ist — ergibt sich aber anderseits nicht einfach aus der Negation der genannten Prinzipien. Auch die Demokratie muß — auf ihre Weise! — immer wieder die Versöhnung der beiden Prinzipien in der Stellung des Beamten anstreben. Die wechselseitige Offenheit und Loyalität zwischen Vorgesetzten und Untergebenen wird den akuten Konfliktfall zur Seltenheit machen. Wo er aber entsteht, ist die Lösung der verantwortlichen Entscheidung des betreffenden Beamten anheimgestellt. Dies ist die Last, aber immer auch die Größe der Freiheit.»

II. Beschränkungen auf Grund der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit

1. Der «Fall Däniker» ²²

Oberst Däniker, damals Kommandant der Schießschulen Wallenstadt, begab sich im Frühjahr 1941 in privater Angelegenheit ins Ausland. Nach seiner Rückkehr erstattete er der Nachrichtenabteilung des Armeestabes und dem eidgenössischen politischen Departement einen in die Form einer «Denkschrift» gekleideten und als «persönlich und geheim» bezeichneten Bericht. Nachdem bekannt gewor-

²¹ Vgl. den Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 36.

²² Vgl. NZZ Nr. 539 vom 4. April 1942 Bl. 2; Bericht Ammann, Anhang II S. 86.

den war, daß dieses vertrauliche Dokument in der Öffentlichkeit und in der Armee eine weite Verbreitung gefunden hatte, sah sich das eidgenössische Militärdepartement veranlaßt, eine administrative Untersuchung wegen Amtspflichtverletzung anzuordnen.

Im Verlaufe dieser Untersuchung ergab sich die Notwendigkeit einer militärgerichtlichen Voruntersuchung. Für die Dauer derselben wurde Oberst Däniker seiner militärischen Funktionen vorsorglich enthoben. Ferner wurde er nach Ablauf der Amtsperiode nicht mehr bestätigt, wobei die Wahlbehörde den Entscheid darüber, ob eine allfällige Wiederwahl noch erfolgen solle, bis zum Vorliegen des Untersuchungsergebnisses aufschob.

Nach den Ergebnissen der Untersuchung hat Oberst Däniker die seinen Vorgesetzten gegenüber als geheim bezeichnete Denkschrift in Volk und Armee zum Zwecke der Propaganda verbreitet und verbreiten lassen. Aus den Akten ergab sich, daß er bei dieser Propagandaaktion wie auch anläßlich der Untersuchung ein disziplinwidriges Verhalten gezeigt hatte, was angesichts seines militärischen Grades und seiner hohen Amtsstellung umso schwerer ins Gewicht fiel. Armeeleitung und Wahlbehörde konnten ihm deshalb das erforderliche Vertrauen nicht mehr entgegenbringen.

Da der Armeeauditor auf disziplinarische Erledigung des Falles entschieden hatte, wurde Oberst Däniker vom General mit Arrest bestraft. Der Bundesrat seinerseits nahm von einer Wiederwahl des Genannten Umgang, billigte ihm aber, unter Würdigung seiner langjährigen verdienstlichen Tätigkeit als Instruktionsoffizier, seine Ansprüche an die Versicherungskasse zu und stellte ihn im übrigen zur Disposition.

2. Das Mitspracherecht der Instruktions- und Generalstabsoffiziere in Fragen der Armeereform

Im Zusammenhang mit der öffentlichen Diskussion, die in der Nachkriegszeit unter dem Schlagwort «Demokratisierung der Armee» entbrannt war, wurde wiederholt die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit sich Instruktions- und Generalstabsoffiziere an der öffentlichen Auseinandersetzung über Fragen der Armeereform beteiligen dürfen. Dabei wurde u. a. auch die Meinung vertreten, diese Offiziere sollten sich in der Öffentlichkeit nicht zum Worte melden, ohne vor-

her ihre Vorträge und Zeitungsartikel ihren Vorgesetzten zur Einsicht vorzulegen²³.

Unter der Voraussetzung, daß sich ihre Diskussionsbeiträge in sachlichem Rahmen halten und den allgemeingültigen Regeln von Takt und Höflichkeit entsprechen, ist das Mitspracherecht der Instruktions- und Generalstabsoffiziere in Fragen der Armeereform m. E. im übrigen einzig durch die *Pflicht zur Wahrung der militärischen Geheimnisse* beschränkt. Solange sich ihre Vorgesetzten nicht ihrerseits offiziell auf einen bestimmten Standpunkt festgelegt haben, erscheint eine weitergehende Beschränkung — jedenfalls nach den im Vorstehenden dargelegten Grundsätzen — unzulässig. Im Interesse einer möglichst objektiven und allseitigen Abklärung der zur Diskussion stehenden Probleme ist es im Gegenteil sogar erwünscht, daß sie als *Fachkundige* wegweisend in die öffentliche Auseinandersetzung eingreifen. Daß sie dabei die auf ihrer militärischen Stellung beruhende, besondere Vertrautheit mit dem Gegenstande der Diskussion verwerten, kann ihnen nicht zum Vorwurf gemacht werden²⁴. Soweit sie *nicht zu Verschwiegenheit verpflichtet sind*, steht daher auch den Instruktions- und Generalstabsoffizieren das Recht zu, sich in der Öffentlichkeit über Fragen der Armeereform frei zu äußern.

3. Ein Schweigegebot für Lehrer

Zu Beginn des Jahres 1954 kam es in Basel, im Anschluß an eine dem kantonalen Parlament eingereichte kleine Anfrage über die Unterrichtsmethoden an der Mädchenprimarschule, zu einer lebhaften Aussprache in den Tageszeitungen, in welche neben Eltern auch Rektoren, Lehrer und Schulinspektoren eingriffen. Der Vorsteher des Erziehungsdepartementes verbot daraufhin den Lehrern und Rektoren kurzerhand durch Zirkular, sich an öffentlichen Diskussionen über Erziehungsfragen zu beteiligen, «die zur Prüfung bei einer obern Behörde lägen»²⁵.

²³ Vgl. NZZ Nr. 1021 vom 9. Juni 1946 Bl. 6, «Der Beitrag des Offiziers als Bürger».

²⁴ Vgl. die treffenden Ausführungen im Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 32.

²⁵ Das Verbot sollte damit offenbar durch das Interesse des Staates an der Treue und Vertrauenswürdigkeit seiner Lehrerschaft motiviert werden. Es gehört also eher zu den unter § 10 I angeführten Beispielen und wird nur aus drucktechnischen Gründen hier eingeschoben.

Diese Verfügung wirbelte viel Staub auf und führte auch zu zwei Interpellationen im Großen Rat. Mit Recht bezeichneten es die Interpellanten als sonderbar, daß in einer öffentlichen Auseinandersetzung über Schulfragen ausgerechnet die Lehrerschaft zum Schweigen verhalten und damit zu «Staatsdienern zweiter Klasse» degradiert werde. Ein derartiges Schweigegebot stellt eine mit den demokratischen Spielregeln und den liberalen Grundsätzen unseres Verfassungsrechts im Widerspruch stehende Überspannung der an sich auch für die staatlichen Lehrer geltenden Beamtenpflichten dar, ja, ihre Fachkenntnisse legitimieren die Lehrer sogar in besonderem Maße zur Teilnahme an Diskussionen über Erziehungsfragen ²⁶.

²⁶ Vgl. dazu vorn 110 ff., insbes. 113 ff., 188 f. und 193.

III. TEIL

Die beamtenrechtlichen Schranken der wirtschaftlichen Freiheit

1. Kapitel

Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung

§ 11. Die Handels- und Gewerbefreiheit

I. Der Begriff

Der aus der Partialrevision vom 6. Juli 1947 hervorgegangene Art. 31 BV gewährleistet in Abs. 1 Satz 1 nach wie vor die Handels- und Gewerbefreiheit. Diese Verfassungsbestimmung begründet ein *Freiheitsrecht auf wirtschaftlichem Gebiet*, welches etwa als «*das dem einzelnen Bürger dem Staate gegenüber zustehende Recht auf freie Ausübung jeder privatwirtschaftlichen Tätigkeit*» umschrieben werden kann¹. Diese Definition ist im Hinblick auf die Frage nach der Handels- und Gewerbefreiheit der Beamten kurz näher zu erläutern.

Als verfassungsmäßiges Freiheitsrecht kann die Handels- und Gewerbefreiheit begrifflich nur dem *Individuum* zustehen; es handelt sich m. a. W. um ein Recht des einzelnen Bürgers, d. h. des *privaten Wirtschaftssubjektes*. Art. 31 Abs. 1 Satz 1 BV bezieht sich also nur auf die *privatwirtschaftliche Tätigkeit*, dagegen nicht auch auf die wirtschaftliche Tätigkeit *öffentlich-rechtlicher Korporationen* oder des *Staates selbst*².

Adressat der Handels- und Gewerbefreiheit sind die *staatlichen Organe*; sie bedeutet wie jedes andere Freiheitsrecht eine *Freiheit von staatlichem Zwang*. Gegen Beeinträchtigungen, die das Indivi-

¹ Diese Definition stammt von Hans Nef, Handels- und Gewerbefreiheit, schweiz. juristische Kartothek Nr. 616 I; ähnlich Fleiner/Giacometti 283.

² Vgl. Hans Nef, a. a. O. I, 1; Fleiner/Giacometti 281 f.; Burckhardt, Komm. 225 ff.

duum in seiner wirtschaftlichen Betätigung seitens anderer Privater erleidet — man denke etwa an vertragliche Konkurrenzverbote, an Trusts und Kartelle und deren Organisationszwang —, bietet sie keinen Schutz. Es geht eben nur um die Regelung des Verhältnisses zwischen dem einzelnen Bürger und dem Staat, nicht aber um die Ordnung der Beziehungen der Privaten unter sich. Der Einzelne kann sich daher nur dem *Staate*, nicht aber auch andern *Privaten* gegenüber auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen³. Sie kann zudem — infolge der Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf kantonale Erlasse — nur den *kantonalen Behörden* gegenüber prozessual geltend gemacht werden⁴.

Weit wichtiger als die Frage nach Subjekt und Adressat der Handels- und Gewerbefreiheit — die sie ja mit allen andern Freiheitsrechten gemeinsam hat — ist die Frage nach ihrem *Gegenstand und Inhalt*. Das *Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung* erstreckt sich nicht nur auf das, was unter «Handel» und «Gewerbe» im engeren, im technischen Sinne zu verstehen ist, sondern auf *jede private, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit*. Die Unterscheidung der beiden Ausdrücke «Handel» und «Gewerbe» ist für die Auslegung von Art. 31 Abs. 1 Satz 1 BV nicht wesentlich; die beiden Begriffe stehen nämlich als *partes pro toto*. Unter den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit fallen nicht etwa nur die kaufmännische und die gewerbliche Tätigkeit, sondern auch die Urproduktion, wie die Land- und die Forstwirtschaft, sowie die wissenschaftlichen und die künstlerischen Berufsarten. Art. 31 Abs. 1 Satz 1 BV gewährleistet m. a. W. die *Erwerbsfreiheit* schlechthin⁵, und zwar genießt nicht nur die *berufsmäßige* Erwerbstätigkeit, sondern *jede* auf Erwerb gerichtete Tätigkeit den Schutz der Verfassung, denn die Handels- und Gewerbefreiheit ist ein allgemeines Freiheitsrecht⁶. Geschützt sind selbstverständlich auch alle *Nebenbeschäftigungen* oder Nebenberufe, denn etwas anderes hieße die Privaten in der vollen Entfaltung ihrer wirtschaftlichen Energie hemmen, was mit dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit in Widerspruch stünde⁷.

³ Vgl. Hans Nef, a. a. O. I, 2; Fleiner/Giacometti 282; Burckhardt, Komm. 225; BGE 62 II 100.

⁴ Vgl. Art. 113 Abs. 3 BV und Art. 84 Abs. 1 OG.

⁵ Vgl. Fleiner/Giacometti 283; Hans Nef, a. a. O. I, 3; Burckhardt, Komm. 233.

⁶ So Fleiner/Giacometti 283; *anderer Ansicht*: Hans Nef, a. a. O. I, 3; Burckhardt, Komm. 233; BGE 59 I 111; 63 I 219; 67 I 87; danach ist nur die *berufsmäßige* Erwerbstätigkeit gewährleistet, was sich jedoch — wie Giacometti (Fleiner/Giacometti 283 N 14) bemerkt — kaum begründen läßt.

⁷ Vgl. Burckhardt, Komm. 233 und 235; Walter Fischler 82.

Mit der Gewährleistung der Erwerbsfreiheit will die Verfassung dem Einzelnen das Recht garantieren, sich ohne staatliche Einmischung wirtschaftlich betätigen zu können⁸. Jeder Bürger soll in der Wahl und in der Ausübung seines Berufes frei sein und seine Arbeitskraft frei betätigen und verwerten können. Der Staat soll grundsätzlich nicht direkt in das wirtschaftliche Geschehen eingreifen, sondern die Bestimmung des Wirtschaftsablaufes den wirtschaftenden Individuen selbst überlassen, d. h. es soll die freie Konkurrenz im Wirtschaftsleben, die *Konkurrenzfreiheit*, gewährleistet sein. Eine andere Wirtschaftsfreiheit als die Konkurrenzfreiheit erscheint — wie Giacometti mit Recht bemerkt — begrifflich gar nicht möglich; diese ist vielmehr die einzig denkbare individuelle Freiheit auf wirtschaftlichem Gebiet⁹. Auf Grund der Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit ist der Staat verpflichtet, das wirtschaftliche System der freien Konkurrenz, d. h. das *liberale Wirtschaftssystem* aufrechtzuerhalten und den Einzelnen vor obrigkeitlichen Beeinträchtigungen seiner wirtschaftlichen Konkurrenzmöglichkeit zu schützen. Aus der Garantie der Konkurrenzfreiheit folgt, daß wirtschaftspolitische Maßnahmen, d. h. Maßnahmen, die in den Wirtschaftsprozeß eingreifen und das Spiel des freien Wettbewerbes irgendwie beeinflussen, mit der Verfassung in Widerspruch stehen. Es gehört eben zum Wesen der Konkurrenzfreiheit, daß deren *Beschränkungen* — die ja, wie dargelegt, jedem Freiheitsrecht innewohnen¹⁰ — *nicht wirtschaftspolitischer Natur* sein dürfen.

II. Beamtenverhältnis und Handels- und Gewerbefreiheit im allgemeinen

Wie eingehend dargelegt, genießen die Beamten in der Schweiz *grundsätzlich dieselbe individuelle Freiheit* wie die Nichtbeamten¹¹. Man sollte daher meinen, das gelte auch mit Bezug auf die Handels- und Gewerbefreiheit. Wie im folgenden zu zeigen sein wird, sind jedoch die Beamten in der Ausübung dieses Freiheitsrechts über die zahlreichen, auch für die Nichtbeamten geltenden Schranken hinaus, in sehr weitgehendem Maße eingeschränkt, und zwar gehen diese Ein-

⁸ Vgl. Fleiner/Giacometti 283 f.; Hans Nef, a. a. O. I, 4; Burrekhardt, Komm. 233: BGE 45 I 357; 59 I 61; 63 I 220, 230; 64 I 14; 66 I 23.

⁹ Vgl. Fleiner/Giacometti 283.

¹⁰ Vgl. vorn § 3, V, 1 und 2.

¹¹ Vgl. insbes. § 4, I vorn.

schränkungen so weit, daß im *Beamtenverhältnis für eine freie wirtschaftliche Betätigung fast kein Raum* mehr bleibt. Das scheint nun freilich mit der im Vorstehenden behaupteten, grundsätzlichen Gleichstellung der Beamten mit den Nichtbeamten hinsichtlich der individuellen Freiheit in *Widerspruch* zu stehen. Allein, dieser Widerspruch stellt sich bei näherem Zusehen als ein bloß *scheinbarer* heraus. Es ist nämlich folgendes zu beachten:

Die Handels- und Gewerbefreiheit bedeutet Erwerbsfreiheit; jeder Bürger soll in der Wahl und in der Ausübung seines Berufes frei sein und seine Arbeitskraft frei betätigen und verwerten können. Die Tätigkeit des Beamten stellt aber wirtschaftlich betrachtet — wenigstens im Normalfall des besoldeten und vollamtlich angestellten Beamten — ganz zweifellos eine Erwerbstätigkeit dar. Die *Eingehung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses*, die — von den seltenen Fällen des Amtszwanges abgesehen — stets freiwillig erfolgt, erscheint mithin *gewissermaßen als Ausübung der Handels- und Gewerbefreiheit*. Und zwar trifft der Bürger, indem er sich für die Beamtenlaufbahn entschließt, wohl die *wesentlichste* Entscheidung, die dem Individuum auf dem Gebiete der Handels- und Gewerbefreiheit überhaupt zusteht: die Wahl des Berufes und die Verfügung darüber, wie er seine Arbeits- und Erwerbskraft betätigen und verwerten will. Es zeigt sich somit, daß der Beamte gerade mit Bezug auf den wichtigsten Gebrauch, den das Individuum von der ihm zustehenden Handels- und Gewerbefreiheit machen kann, dem Nichtbeamten *gleichgestellt* ist.

Mit der Eingehung des Dienstverhältnisses verpflichtet sich der Beamte, seine Arbeitskraft voll und ganz in den Dienst des Staates zu stellen und von jedem mit seinen freiwillig übernommenen Verpflichtungen in Widerspruch stehenden Gebrauch der Handels- und Gewerbefreiheit abzusehen. Damit bleibt aber für die Ausübung dieses Freiheitsrechts zum vornherein nur in Form von *Nebenbeschäftigungen* Raum. Das Problem der Handels- und Gewerbefreiheit der Beamten konzentriert sich somit auf die *Frage*, ob und in welchem Umfange den Beamten das Recht zustehe, auf *Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigungen* zu betreiben.

Wenn nun der Staat als Dienstherr seinen Beamten solche Nebenbeschäftigungen in weitgehendem Maße untersagt, so steht auch das mit der behaupteten Gleichstellung der Beamten mit den Nichtbeamten hinsichtlich der individuellen Freiheit nicht in Widerspruch. Das wäre nur dann der Fall, wenn dem privaten Dienstpflichtigen von Seiten seines Dienstherrn keine derartigen Verbote auferlegt wer-

den könnten. Das trifft aber gerade nicht zu. Vielmehr können *auch dem privaten Dienstpflichtigen* Nebenbeschäftigungen *vertraglich untersagt* werden. Die Handels- und Gewerbefreiheit steht dem jedenfalls nicht entgegen, denn auf dieses Freiheitsrecht kann sich der Private seinem Dienstherrn gegenüber nicht berufen, da es ihm — per definitionem — nur dem Staate gegenüber zusteht. Wenn also dem Beamten auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigungen weitgehend untersagt werden, so erleidet er damit keine Beschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit, die nicht auch dem privaten Dienstpflichtigen auferlegt werden kann. Ob die beamtenrechtlichen Vorschriften, welche auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigungen untersagen, verfassungsrechtlich zulässig sind, ist eine andere Frage, die später geprüft werden soll ¹². Hier ist zunächst nur wesentlich, festzuhalten, daß der *Beamte* trotz solcher Verbote *auf wirtschaftlichem Gebiet rechtlich nicht weniger Freiheit genießt als der private Dienstpflichtige* ¹³, da diesem vertraglich die Ausübung auf Erwerb gerichteter Nebenbeschäftigungen ebenfalls untersagt werden kann.

Die gesetzliche Regelung betrifft vielfach nicht nur die auf *Erwerb* gerichteten Nebenbeschäftigungen der Beamten, sondern ihre *außerdienstliche Betätigung überhaupt*. Unter die Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 Abs. 1 Satz 1 BV) fallen aber nur die auf *Erwerb* gerichteten Nebenbeschäftigungen ¹⁴. Die beamtenrechtlichen Vorschriften stellen somit nur insoweit eine Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit dar, als sie sich auf die auf Erwerb gerichteten Nebenbeschäftigungen beziehen; soweit sie dagegen auch andere, *nicht auf Erwerb* gerichtete Nebenbeschäftigungen betreffen, bedeuten sie *keine Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit*, wohl aber allenfalls eine solche der *persönlichen Freiheit*. Auf diese Fälle wird aber in dieser Arbeit nicht näher eingetreten, denn die auf Erwerb gerichteten Nebenbeschäftigungen stehen praktisch weit aus im Vordergrund und zudem gelten die folgenden Ausführungen mutatis mutandis auch für die nicht auf Erwerb gerichtete Betätigung.

Die *Unterscheidung* zwischen Nebenbeschäftigungen, die auf *Erwerb*, und solchen, die *nicht auf Erwerb* gerichtet sind, ist noch in

¹² Vgl. hiezu Ziff. III, 3 hiernach.

¹³ Inwieweit dies auch faktisch zutrifft, ist eine andere Frage und hängt vom Inhalt des betreffenden Beamtengesetzes bzw. des privatrechtlichen Dienstvertrages ab.

¹⁴ Vgl. Ziff. I hievor.

anderer Hinsicht von Bedeutung. Während sich nämlich Eingriffe in die außerdienstliche *Erwerbstätigkeit* des Beamten mit Rücksicht auf die Konkurrenzfähigkeit der privaten Erwerbstätigen, aus deren Steuergeldern der Beamte besoldet wird, zur Not noch rechtfertigen lassen, hat der Gesetzgeber an sich keinerlei Veranlassung, die nicht auf Erwerb gerichtete, außerdienstliche Tätigkeit des Beamten generell einer Kontrolle zu unterwerfen oder ihre Ausübung allgemein von einer Ermächtigung abhängig zu machen. Das käme einer eigentlichen Bevormundung des Beamten gleich, die nicht angänglich wäre. Der Staat hat im Gegenteil seinerseits ein Interesse daran, daß die Beamten nicht einseitig in der Erfüllung ihrer dienstlichen Obliegenheiten aufgehen, sei es, daß sie in ihrer Freizeit Sport treiben, ausgedehnter Lektüre oder andern Liebhabereien obliegen, sei es, daß sie sich privat oder durch spezielle Kurse außerdienstlich weiterbilden oder sich politisch betätigen. Dadurch verschaffen sie sich sinnvolle Erholung und Entspannung oder sie eignen sich Kenntnisse an, die auch der Amtstätigkeit wieder zugute kommen. Im einen wie im andern Falle zieht auch die Verwaltung aus derartigen Nebenbeschäftigungen Nutzen ¹⁵.

Auch die nicht auf Erwerb gerichteten Nebenbeschäftigungen des Beamten müssen sich indessen in einem gewissen Rahmen halten. Sie können vernünftigerweise nur zulässig sein, soweit sie weder die Arbeitskraft und die Amtstätigkeit des Beamten beeinträchtigen, noch sonstwie seiner amtlichen Stellung abträglich sind.

III. Die beamtenrechtlichen Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit

Nach dem Gesagten konzentriert sich das Problem der Handels- und Gewerbefreiheit der Beamten auf die Frage, ob und in welchem Umfange den Beamten das Recht zustehe, auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigungen zu betreiben. Im folgenden sollen nun die *positivrechtlichen Beschränkungen* dieses Rechts dargelegt und anschließend ihre *Motive* und ihre *Verfassungsmäßigkeit* sowie die *Folgen ihrer Mißachtung* erörtert werden.

¹⁵ Vgl. insbes. Walter Fischler 83.

1. Die positiv-rechtlichen Vorschriften

Die Handels- und Gewerbefreiheit der Beamten, ihr Recht auf freie Ausübung einer wirtschaftlichen, auf Erwerb gerichteten Tätigkeit außerhalb des Dienstes, in der Freizeit, ist — wie bemerkt — *in sehr weitgehendem Maße beschränkt*. Diese Beschränkungen bestehen zum Teil nur kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, zum Teil ergeben sie sich aber ohne weiteres aus dem Beamtenverhältnis und gelten deshalb auch *ohne besondere Vorschrift*.

Die die Handels- und Gewerbefreiheit berührenden positiv-rechtlichen Vorschriften sind außerordentlich *zahlreich und mannigfaltig*. Sie zeichnen sich materiell durch ihre oft bis *ins letzte Detail gehende*, vielfach überaus *kleinliche Regelung* aus und lassen, formell betrachtet, fast durchwegs eine klare *Systematik* und eine *sorgfältige Redaktion* vermissen. Diese Besonderheiten verunmöglichen eine zusammenfassende Darstellung der betreffenden Vorschriften des schweizerischen Beamtenrechts; es ist daher unumgänglich, die hauptsächlichsten einschlägigen Gesetzesbestimmungen des Bundes und der einzelnen Kantone im Wortlaut wiederzugeben und sie, soweit dies angebracht erscheint, kurz zu erläutern.

- a) Bundesbeamtenrecht: die Gesetzestexte und ihre Auslegung
- aa) Gesetzestexte ¹⁶

1. Art. 15 BBtG: Nebenbeschäftigungen ¹⁷

«Nebenbeschäftigungen des Beamten oder Beschäftigungen eines in seiner Haushaltung lebenden Familiengliedes sind unvereinbar mit der Bekleidung des Bundesamtes, wenn sie nachteilig auf die Erfüllung der dienstlichen Obliegenheiten des Beamten einwirken können oder sich mit seiner amtlichen Stellung nicht vertragen.

Unvereinbar mit dem Bundesamte sind:

- a) jede Ausübung eines *Gewerbes* und jeder Betrieb von *Handelsgeschäften durch den Beamten*;

¹⁶ Unterstreichungen der Gesetzestexte alle vom Verfasser.

¹⁷ Analog Art. 17 BAO, der aber überdies auch die Ausführungsvorschriften des Art. 13 BtO I mitenthält. — Art. 17 Abs. 2 letzter Absatz BAO sieht «in besonders berücksichtigungswerten Fällen» die Möglichkeit vor, einem Aushilfsangestellten oder Angestellten im Probeverhältnis die Ausübung eines Gewerbes und den Betrieb von Handelsgeschäften bzw. den in seiner Haushaltung lebenden Familiengliedern den Betrieb einer Wirtschaft und den gewerbsmäßigen Kleinverkauf alkoholischer Getränke auf Zusehen hin zu gestatten.

- b) der Betrieb einer *Wirtschaft* und der gewerbsmäßige Kleinverkauf alkoholischer Getränke durch ein in der Haushaltung des Beamten lebendes *Familienglied*.

Der Bundesrat bestimmt, unter welchen Voraussetzungen für die Ausübung von andern Nebenbeschäftigungen eine *Ermächtigung* nötig ist ¹⁸. Die Ermächtigung darf dem Beamten nur *ausnahmsweise* erteilt werden:

- a) zur Ausübung einer Nebenbeschäftigung, wenn damit ein *Einkommen* erstrebt wird;
b) für die Annahme der Stelle eines Verwaltungsrats- oder Vorstandsmitgliedes einer *Erwerbsgesellschaft*.

Als Erwerbsgesellschaft im Sinne von Absatz 3, Buchstabe b, gelten *nicht* Vereinigungen oder Anstalten, die nach dem Grundsatz der *Selbsthilfe* ihren eigenen Mitgliedern wirtschaftliche Erleichterungen verschaffen wollen.»

2. Art. 13 BtO I: Nebenbeschäftigungen ¹⁹

«Der Beamte hat auf dem Dienstweg *Ermächtigungen* einzuholen

- a) für außerdienstliche Beschäftigungen, die einen *Erwerbszweck* verfolgen oder die ihn dauernd in *erheblichem Maße* in *Anspruch* nehmen;
b) für die Beteiligung an der *Leitung einer Erwerbsgesellschaft* oder einer Vereinigung oder Anstalt, die nach dem Grundsatz der *Selbsthilfe* ihren Mitgliedern wirtschaftliche Erleichterungen verschaffen will.

Als unvereinbar mit der Bekleidung des Bundesamtes im Sinne von Art. 15 Abs. 1 des Beamtengesetzes gelten Fälle,

- a) die sich mit der Pflicht zur Wahrung des *Amtsgeheimnisses* nicht vertragen, oder
b) die zu *unlauterem Wettbewerb* gegenüber dem Handwerk, Gewerbe, Handel oder andern Berufen führen, oder
c) die *Leben* und *Gesundheit* des Beamten ernstlich gefährden.

Zuständig für die Ermächtigung ist die Wahlbehörde oder, wo der Bundesrat Wahlbehörde ist, das Departement. Die Oberzolldirektion und die Generaldirektion der Post-, Telegraphen- und Telephonverwaltung können ihre Befugnis nachgeordneten Amtsstellen übertragen.»

¹⁸ Vgl. Art. 13 Abs. 1 BtO I; Art. 10 Abs. 1 BtO II.

¹⁹ Analog Art. 10 BtO II, jedoch *ohne* die Zuständigkeitsvorschrift von Art. 13 Abs. 3 BtO I.

bb) Auslegung

1. *Frühere Regelung.* — Die Nebenbeschäftigungen der Bundesbeamten — namentlich die auf Erwerb gerichteten — bildeten schon vor Erlass des Beamtengesetzes von 1927 Gegenstand eingehender gesetzlicher Regelung²⁰. So durften die Beamten nach Art. 7 des Besoldungsgesetzes vom 2. Juli 1897 eine andere Stelle nur annehmen und einen Nebenberuf nur dann ausüben, wenn dadurch die Erfüllung ihrer dienstlichen Verpflichtungen nicht beeinträchtigt wurde. Die Vollziehung dieses Grundsatzes wurde dem Bundesrat überlassen.

Nach der bundesrätlichen Verordnung vom 21. Februar 1899 über die Unvereinbarkeit anderweitiger Stellen und Berufe mit eidgenössischen Anstellungen war die Stelle eines Direktors oder Verwaltungsrates einer Erwerbsgesellschaft wie die aktive Betätigung an einer industriellen Unternehmung mit einer eidgenössischen Beamtung nicht vereinbar; auf Antrag des zuständigen Departementsvorstehers konnte der Bundesrat jedoch mit Bezug auf die Übernahme von Verwaltungsstellen Ausnahmen gestatten, sofern es sich um lokale Bestrebungen von vorwiegend gemeinnütziger Art handelte und ein Nachteil für den Bundesdienst ausgeschlossen schien (Art. 3 VO). Der Betrieb einer Wirtschaft (Restaurant, Kaffeehalle usw.) durch einen Beamten oder ein mit ihm in ungeteilter Haushaltung lebendes Familienglied war auch damals schon unstatthaft (Art. 4 VO)²¹. Die Betreibung anderer Nebenberufe und Geschäfte war den Beamten nur insofern gestattet, als dadurch die Erfüllung ihrer dienstlichen Verrichtungen nicht beeinträchtigt wurde und es sich nicht um Beschäftigungen handelte, die als unzulässig erklärt wurden oder ihrer Natur nach mit den Interessen der Bundesverwaltung nicht vereinbar waren. Für die Ausübung eines Nebenberufes oder einer Nebenbeschäftigung war eine Bewilligung des zuständigen Departementsvorstehers erforderlich (Art. 5 VO).

2. *Der Grundsatz.* — Nach Art. 15 Abs. 1 BBtG ist den Beamten ganz generell untersagt, Nebenbeschäftigungen zu betreiben, die sich *nachteilig auf die Erfüllung ihrer dienstlichen Obliegenheiten* auswirken können oder sich *mit ihrer amtlichen Stellung nicht vertragen*. Dieses Verbot erscheint als *selbstverständlich*; es ergibt sich ohne

²⁰ Vgl. das BG vom 2. Juli 1897 betr. die Besoldungen der eidgenössischen Beamten und Angestellten, Art. 7 (AS 16, 272) sowie die VO vom 21. Februar 1899 über die Unvereinbarkeit anderweitiger Stellen und Berufe mit eidgenössischen Anstellungen (AS 17, 64).

²¹ Vgl. hiezu auch Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 713 I; BBl 1907 III 12.

weiteres aus dem Beamtenverhältnis selbst und gilt deshalb auch ohne besondere Vorschrift²². Die Beamten haben eben auch bei ihrer außerdienstlichen Betätigung die mit der Eingehung des Dienstverhältnisses übernommenen *Pflichten* unbedingt zu respektieren. Sie sind in der Regel zu ausschließlich persönlicher Dienstleistung verpflichtet und haben — wenigstens soweit sie vollamtlich angestellt sind — ihre volle Arbeitskraft dem Amte zu widmen²³. Damit vertragen sich aber Nebenbeschäftigungen der genannten Art zum vornherein nicht²⁴.

Art. 15 Abs. 1 BBtG erfährt in *Art. 13 Abs. 2 BtO I* (bzw. Art. 10 Abs. 2 BtO II)²⁵ eine gewisse Positivierung, die aber systematisch wenig befriedigen kann. Einmal besteht Unvereinbarkeit im Sinne von Art. 15 Abs. 1 BBtG zweifellos nicht nur mit Bezug auf Fälle, die sich mit der *Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses* nicht vertragen (lit. a), sondern auch mit Bezug auf Nebenbeschäftigungen, die sich mit *andern* Beamtenpflichten nicht vereinbaren lassen; man denke insbesondere an die Treuepflicht und die Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten. Sodann gehört das Verbot von Nebenbeschäftigungen, die zu unlauterem Wettbewerb gegenüber dem Handwerk, Gewerbe, Handel oder andern Berufen führen (lit. b), wohl kaum zu den Unvereinbarkeiten im Sinne von Art. 15 Abs. 1 BBtG, denn solche Nebenbeschäftigungen brauchen weder die Amtstätigkeit zu beeinträchtigen, noch sind sie mit der amtlichen Stellung des Beamten zum vornherein unvereinbar. Die genannte Unvereinbarkeitsbestimmung (Art. 13 Abs. 2 lit. b BtO I) besteht nicht im Interesse des öffentlichen Dienstes oder der amtlichen Stellung des Beamten, sondern ausschließlich im Interesse der privaten Erwerbs-

²² Das angeführte Verbot hat trotzdem auch in den meisten kantonalen Beamten-gesetzen eine gewisse Positivierung erfahren, sei es *expressis verbis*, sei es, daß den Beamten «zeitraubende» Nebenbeschäftigungen untersagt werden oder daß bestimmt wird, daß eine für bestimmte Nebenbeschäftigungen erteilte Bewilligung jederzeit wieder entzogen werden könne, wenn deren Ausübung «die Amtstätigkeit beeinträchtige» oder wenn sich «Übelstände» ergeben. Vgl. die unter lit. b S. 221 hiernach im Wortlaut abgedruckten kantonalen Vorschriften. Die folgenden Erörterungen gelten *mutatis mutandis* auch für das *kantonale* Beamtenrecht.

²³ Vgl. beispielsweise Art. 21 Abs. 1 BBtG; Art. 22 Abs. 1 BAO; Art. 8 BtG Freiburg; Art. 15 BtG Graubünden; § 10 Satz 1 BtG Thurgau; Art. 12 Abs. 1 BtG Tessin.

²⁴ Vgl. hiezu auch die Botschaft des Bundesrates vom 18. Juli 1924 zum BBtG, BBl 1924 III 78/79, bes. 83; Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 775 V; Walter Fischler 83 f.

²⁵ Vgl. auch Art. 17 Abs. 2 lit. c BAO.

tätigen, ihrer Verdienstmöglichkeit und Konkurrenzfähigkeit und stellt in diesem Sinne eine nähere Positivierung des im folgenden zu erörternden Verbotes jeder auf Erwerb gerichteten Nebenbeschäftigung dar, nicht aber eine solche des in Art. 15 Abs. 1 BBtG enthaltenen Grundsatzes. Als eine nähere Umschreibung dieses Grundsatzes kann — entgegen dem Wortlaut von Art. 13 Abs. 2 BtO I — einzig die Bestimmung von lit. c dieses Artikels betrachtet werden, wonach Nebenbeschäftigungen, die Leben oder Gesundheit des Beamten ernstlich gefährden, mit dem Bundesdienste unvereinbar sind.

Die Unvereinbarkeitsvorschriften des Bundesbeamtenrechts erschöpfen sich indessen keineswegs im eben dargelegten Verbot von Art. 15 Abs. 1 BBtG. Es ist den Bundesbeamten vielmehr *grundsätzlich verboten, eine auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigung auszuüben*. Das wird allerdings nicht ausdrücklich gesagt — vielleicht fehlte dem Gesetzgeber der Mut dazu —, aber es geht doch zwingend aus Art. 15 Abs. 2 und 3 BBtG hervor²⁶. Danach sind nämlich die Ausübung eines Gewerbes und der Betrieb von Handelsgeschäften mit einer Beamtung zum vornherein unvereinbar (Abs. 2 lit. a); und es darf dem Beamten zur Ausübung einer Nebenbeschäftigung, mit der ein *Einkommen* erstrebt wird, nur *ausnahmsweise* eine Ermächtigung erteilt werden (Abs. 3 lit. a). Das heißt aber indirekt, er dürfe *grundsätzlich überhaupt keine auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigung betreiben*. Dieses Verbot sollte m. E. in Art. 15 Abs. 1 BBtG expressis verbis ausgesprochen werden; jedenfalls gehört es zu einer sorgfältigen Gesetzesredaktion, den Grundsatz niederzulegen, bevor man die Ausnahmen regelt.

Die die Handels- und Gewerbefreiheit berührenden *Unvereinbarkeitsbestimmungen des Bundesbeamtenrechts* lassen sich demnach dahin zusammenfassen, daß *dem Bundesbeamten jede Nebenbeschäftigung, die auf Erwerb gerichtet ist, seine Amtstätigkeit beeinträchtigen könnte oder sich sonstwie mit seiner amtlichen Stellung nicht verträgt, untersagt ist*²⁷. Das ist der Grundsatz, den das Gesetz in Art. 15 Abs. 1 klar und deutlich aussprechen sollte, und zwar nicht

²⁶ Das Verbot auf Erwerb gerichteter Nebenbeschäftigungen ist in einzelnen kantonalen Beamtengesetzen in der Weise umschrieben, daß den Beamten die Ausübung *bezahlter* Nebenbeschäftigungen untersagt wird. — Vgl. z. B. § 14, Abs. 1 BtG Zürich; § 25 BtG Schwyz; § 29 Abs. 2 BtG Glarus; Art. 12 lit. b BtG Freiburg; Art. 3 Abs. 5 BtG Wallis; Art. 11 Abs. 2 BtG Neuenburg.

²⁷ Unzutreffend Walter Fischler, der die zu diesem Zwecke nicht gerade taugliche Botschaft des Bundesrates vom 18. Juli 1924 zum BBtG (BBl 1924 III 83 ff.) zur Interpretation verwendet.

nur zur Hälfte, wie es leider der Fall ist. Das Verbot jeder auf Erwerb gerichteten Nebenbeschäftigung stellt aber zweifellos eine *drastische Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit der Beamten* dar.

3. *Ausdehnung der Unvereinbarkeit auf Drittpersonen.* — Das Verbot von Nebenbeschäftigungen, die nachteilig auf die Erfüllung der dienstlichen Obliegenheiten des Beamten einwirken können oder sich mit seiner amtlichen Stellung nicht vertragen, wird in Art. 15 Abs. 1 BBtG auch auf die in seiner Haushaltung lebenden Familienglieder ausgedehnt²⁸. Diese *generelle*, d. h. nicht auf bestimmte Beschäftigungen beschränkte Ausdehnung des Verbotes ist m. E. *nicht gerechtfertigt* und muß als *unnötige und kleinliche Reglementiererei* bezeichnet werden, denn es fehlt doch in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle ganz offensichtlich an jedem kausalen Zusammenhang zwischen der Beschäftigung der genannten Personen und der Amtstätigkeit des Beamten. Eine Erstreckung der Unvereinbarkeit auf die in seiner Haushaltung lebenden Familienglieder ließe sich aber nur mit Bezug auf solche Beschäftigungen rechtfertigen, *die ihrer Natur nach* eine Beeinträchtigung der Amtstätigkeit des Beamten erwarten lassen oder mit seiner amtlichen Stellung *zum vornherein unvereinbar* erscheinen. Diese Fälle sind aber so selten²⁹, daß sich eine *allgemeine* Ausdehnung des Verbotes auf die genannten Personen erübrigt, zumal ja gegen den Beamten ohne weiteres eingeschritten werden kann, wenn seine Amtstätigkeit zu Beanstandungen Anlaß gibt, sei es in Form von Mahnungen und Warnungen³⁰, sei es mit disziplinarischer Strafe.

Anders ist eine auf bestimmte Beschäftigungen *beschränkte* Ausdehnung der Unvereinbarkeit auf Drittpersonen zu beurteilen. So erscheint z. B. das Verbot des Betriebes einer Wirtschaft und des ge-

²⁸ In ähnlicher Weise dehnen auch einzelne kantonale Beamtenengesetze ihre Unvereinbarkeitsbestimmungen *generell* auf die Angehörigen oder die Ehefrau des Beamten aus. — Vgl. insbes. § 21 Abs. 1 und 2 BtG Solothurn; § 8 Abs. 2 BtG Basel-Land; Art. 11 lit. c BtG Neuenburg; § 10 Abs. 2 BtG Genf. — Die meisten Kantone sehen aber von einer solchen generellen Erstreckung der Unvereinbarkeitsbestimmungen mit Recht ab. — Vgl. auch Walter Fischler 98 ff.

²⁹ Man denke etwa an den Betrieb einer Wirtschaft oder den gewerbsmäßigen Kleinverkauf alkoholischer Getränke durch ein in der Haushaltung des Beamten lebendes Familienglied (Art. 15 Abs. 2 lit. b BBtG).

³⁰ Solche Mahnungen und Warnungen sieht ausdrücklich das aarg. Beamtengesetz in § 3 vor. Vgl. dazu auch BGE 74 I 90/91 und BGE vom 7. Dezember 1949 i. S. Dr. Ammann, Erw. 7, vollständig veröffentlicht im Bericht Ammann, Anhang I S. 50.

werbsmäßigen Kleinverkaufes alkoholischer Getränke durch ein in der Haushaltung des Beamten lebendes Familienglied (Art. 15 Abs. 2 lit. b BBtG) allein schon im Hinblick auf die damit verbundene Gefahr übermäßigen Alkoholgenusses als gerechtfertigt ³¹.

Ebenso kann man es verstehen, wenn einzelne Kantone zur Vermeidung des speziell in Krisenzeiten verpönten Doppelverdienertums der Ehefrau des Beamten die Ausübung eines selbständigen Berufes oder eines die privaten Erwerbstätigen konkurrenzierenden Neben-erwerbes untersagen ³². Ob ein beamtenrechtliches Verbot des Doppelverdienertums verfassungsrechtlich zulässig ist, ist allerdings eine andere Frage, auf die jedoch in anderem Zusammenhange einzutreten sein wird ³³.

4. *Das Verbot auf Erwerb gerichteter Nebenbeschäftigungen.* — Zweck einer lukrativen Betätigung ist regelmäßig die Befriedigung *privater* Interessen. Gerade die Verfolgung privater Interessen will der Gesetzgeber aber auf Seiten der Beamten so weit als möglich ausschließen, einerseits um die damit verbundene Konkurrenzierung und Schädigung der privaten Erwerbstätigen zu verhindern ³⁴, anderseits um eine unparteiische, von keinerlei persönlichen Interessen beeinflusste Verwaltungstätigkeit zu gewährleisten ³⁵.

Das Gesetz verbietet dem Beamten deshalb jede Ausübung eines Gewerbes und jeden Betrieb von Handelsgeschäften (Art. 15 Abs. 2 lit. a) und untersagt ihm überdies indirekt, irgendeine andere, auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigung zu betreiben, indem es bestimmt, daß ihm zur Ausübung einer solchen Betätigung nur *ausnahmsweise* eine Ermächtigung erteilt werden dürfe (Art. 15 Abs. 3 lit. a).

Das kann aber — entgegen der Behauptung von Walter Fischler ³⁶ — doch wohl nicht heißen, der Beamte dürfe beispielsweise keine

³¹ Derartige Verbote werden auch in einzelnen Kantonen auf die Angehörigen oder die Ehefrau des Beamten ausgedehnt. Vgl. § 16 Abs. 3 BtG Aargau; Art. 10 Abs. 2 BtG Genf.

³² Vgl. § 29 Abs. 1 BtG Glarus; § 21 Abs. 1 und 2 BtG Solothurn; § 8 Abs. 2 BtG Basel-Land. — Zur Frage des Doppelverdienertums vgl. insbes. O. Leimgruber, La Question des cumuls en Suisse, Bern, 1939.

³³ Vgl. dazu Ziff. 3 hiernach.

³⁴ Ausdrückliche Konkurrenzverbote zum Schutze des privaten Erwerbstätigen enthalten die Beamtengesetze der Kantone Bern (Art. 11 BtG), Glarus (§ 29 Abs. 2), Solothurn (§ 21 Abs. 2), Basel-Land (§ 8 Abs. 1), Aargau (§ 16 Abs. 3 BtG und § 8 VVO), Tessin (Art. 12 Abs. 2 lit. c), Waadt (Art. 19 Abs. 1).

³⁵ So insbes. auch Walter Fischler 91.

³⁶ Siehe Walter Fischler 91.

Liegenschaft erwerben, um sie bei günstiger Gelegenheit sofort mit Gewinn an einen Dritten weiter zu veräußern. Das wäre nur dann unstatthaft, wenn der Beamte einen eigentlichen Liegenschaftshandel betriebe. Ist das aber nicht der Fall, so ist ein solches Geschäft m. E. ohne weiteres zulässig. Es beeinträchtigt weder die Amtstätigkeit, noch läuft es auf eine Konkurrenzierung der privaten Erwerbstätigen hinaus. Der gelegentliche, d. h. nicht gewerbsmäßige Kauf und Wiederverkauf von Liegenschaften zum Zwecke der Kapitalanlage kann dem Beamten aber so wenig wie jedem andern Bürger verboten werden ³⁷.

Dagegen fällt unter das *Verbot von Art. 15 Abs. 2 und 3 BBtG* zweifellos jede Besorgung von bezahlter Arbeit für Dritte, sei sie gewerblicher, kaufmännischer, landwirtschaftlicher, künstlerischer oder wissenschaftlicher Natur. Untersagt ist ferner auch jede Ausübung einer Agenten- oder Vermittlertätigkeit für Handel, Gewerbe und Industrie sowie der Betrieb von Handelsgeschäften jeglicher Art ³⁸. Einzelne kantonale Beamtengesetze verbieten ferner ausdrücklich den Abschluß von *Termin- und Prämiengeschäften an der Börse*, um auf diese Weise die Gefahren des Spekulierens von vornherein auszuschließen ³⁹. Das geht aber m. E. zu weit; ein derartiges Verbot rechtfertigt sich nur mit Bezug auf die *gewerbsmäßige* Spekulation oder mit Bezug auf bestimmte Beamte, die dienstlich mit der Börse in Berührung kommen ⁴⁰. Als verfassungswidrig muß es bezeichnet werden, wenn das zugerische Beamtengesetz den Beamten die Eingehung von *Bürgschaften* schlechthin untersagt ⁴¹. Dieses Verbot berührt zwar nicht direkt die Handels- und Gewerbefreiheit, aber doch die in derselben mitenthaltene Vertragsfreiheit ⁴² und stellt einen unzulässigen Eingriff in das Privatrecht dar, der sich auch durch das Interesse des Staates an der durch keine Bürgschaften gefährdeten *Solvenz* seiner Beamten nicht rechtfertigen läßt.

³⁷ Vgl. auch Burekhardt, Komm. 727. Danach ist den Beamten nicht verboten, ihren Grundbesitz zu verwalten und zu bewirtschaften, sofern dies keine fortlaufende Tätigkeit erfordert.

³⁸ Vgl. Walter Fischler 91/92.

³⁹ Vgl. § 10 BtG Zürich; § 20 BtG Basel-Stadt.

⁴⁰ Man denke etwa an die Börsenschreiber und -kommissäre, die beispielsweise in den Kantonen Zürich und Basel-Stadt Beamte sind (vgl. das Ämterverzeichnis § 16 BtG Zürich; § 80 Ziff. 26 und § 84 Ziff. 15 BtG Basel-Stadt).

⁴¹ Vgl. § 100 BtG Zug.

⁴² Über den Zusammenhang zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit vgl. Fleiner/Giacometti 285/86.

Vorbehalten bleibt im Bund wie in den Kantonen die Befugnis der im Dienste des Staates oder seiner Anstalten stehenden *Spezialbeamten* wissenschaftlicher oder technischer Richtung zur Ausübung einer *Privatpraxis*. Das gilt allerdings in der Regel nur, soweit den betreffenden Spezialisten bei der Wahl eine solche Befugnis eingeräumt wird und die Ausübung der Privatpraxis ihre Amtstätigkeit nicht beeinträchtigt ⁴³.

Besitz der Beamte bei seinem Eintritt in das Dienstverhältnis einen Geschäfts- oder Gewerbebetrieb, so ist er verpflichtet, denselben zu veräußern oder zu verpachten. Eine Weiterführung des Betriebes auf eigene Rechnung, aber unter fremdem Namen, ist nicht erlaubt, denn das käme einer Umgehung der Unvereinbarkeitsbestimmung gleich ⁴⁴.

Zur Illustration seien einige *Entscheide der Bundesverwaltungsbehörden* angeführt. Die betreffenden Fälle wurden zwar ausnahmslos unter der Herrschaft des alten Rechts entschieden ⁴⁵; sie müßten jedoch auch nach neuem Recht gleich beurteilt werden.

Gestützt auf die VO vom 21. Februar 1899 über die Unvereinbarkeit anderweitiger Stellen und Berufe mit eidgenössischen Anstellungen erklärte das eidgenössische Finanz- und Zolldepartement im Jahre 1906 die *Stellung eines Vorsitzenden eines städtischen Elektrizitätswerkes* als nicht vereinbar mit der Bekleidung eines Bundesamtes; dagegen erschien die Stelle eines *Zensors oder Rechnungsrevisors einer Bank* nicht als unvereinbar mit einer eidgenössischen Beamtung ⁴⁶. Im Jahre 1911 wurde die Frage aufgeworfen, ob ein Angestellter der Alkoholverwaltung zugleich *Agent einer Versicherungsgesellschaft* sein könne. Die Alkoholverwaltung erachtete diese Nebenbeschäftigung als zulässig, das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement sprach sich jedoch gegen die Vereinbarkeit aus, indem es u. a. bemerkte: Nach der VO vom 21. Februar 1899, die im wesentlichen vom Gedanken beherrscht sei, Nebenbeschäftigungen der Beamten auszuschließen, sollte jede Betätigung in einer auf Erwerb gerichteten Unternehmung untersagt werden. Den Bundesbeamten

⁴³ Vgl. insbes. § 21 Abs. 3 BtG Solothurn; § 8 2. Halbsatz BtG Basel-Land; vgl. dagegen Art. 3 Abs. 6 BtG Wallis, der die Ausübung einer Privatpraxis verbietet.

⁴⁴ So insbes. auch Walter Fischler 92; Burckhardt, Komm. 727; BGE 32 I 253.

⁴⁵ Unter der Herrschaft des Bundesbeamtengesetzes von 1927 ergangene Entscheide konnten keine namhaft gemacht werden.

⁴⁶ Vgl. Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 713 I; BBl 1907 III 12.

könne zwar die *finanzielle Beteiligung* an solchen Unternehmungen nicht verboten werden, wohl aber die *Betätigung* darin. Die Tätigkeit als Agent einer Versicherungsgesellschaft müsse aber als eine solche Betätigung aufgefaßt werden, die gemäß Art. 3 der zitierten Verordnung grundsätzlich mit der Stellung eines Bundesbeamten unvereinbar sei ⁴⁷.

5. *Bewilligungspflichtige Nebenbeschäftigungen.* — Nach Art. 15 Abs. 2 lit. a BBtG ist dem Beamten jede Ausübung eines Gewerbes und jeder Betrieb von Handelsgeschäften untersagt. Für anderweitige, auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigungen ist auf dem Dienstweg eine Ermächtigung einzuholen ⁴⁸. Diese darf aber gemäß Art. 15 Abs. 3 lit. a BBtG zur Ausübung einer Nebenbeschäftigung, mit der ein *Einkommen* erstrebt wird, nur ausnahmsweise erteilt werden ⁴⁹. Eine Ausnahme dürfte dann gemacht werden, wenn ein Beamter der untersten Besoldungsklassen eine außergewöhnlich zahlreiche Familie zu ernähren hat oder aus andern Gründen — z. B. wegen schwerer Krankheiten in der Familie — außerordentliche Auslagen zu bestreiten hat. Außer den persönlichen Verhältnissen des Beamten wird man auch Art und Umfang der bewilligungspflichtigen Nebenbeschäftigung und die Gefahr von Kollisionen mit den Amtspflichten in Betracht ziehen müssen.

Eine Ermächtigung ist auch für *nicht* auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigungen erforderlich, sofern es sich dabei um solche handelt, die den Beamten *dauernd in erheblichem Maße* in Anspruch

⁴⁷ Vgl. Burekhardt, Bundesrecht II Nr. 713 III, Gutachten des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes Nr. 342 vom 3. April / 4. August 1911; vgl. auch den unveröff. BGE vom 14. Dezember 1948 i. S. G. M. ca. Kreisdirektion I der Schweiz. Bundesbahnen. — Nach dem unveröff. BGE vom 30. September 1937 i. S. Jakob Köferli ca. Pensions- und Hilfskasse für das Personal der SBB, stellt auch die Vertretung von Interessenten im bäuerlichen Sanierungsverfahren vor der zuständigen Bauernhilfskasse eine unzulässige Nebenbeschäftigung dar.

⁴⁸ Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. a BtO I; Art. 10 Abs. 1 lit. a BtO II; Art. 17 Abs. 3 lit. a BAO. — Zur Ausübung auf Erwerb gerichteter Nebenbeschäftigungen ist auch in verschiedenen Kantonen eine Ermächtigung erforderlich; vgl. § 14 BtG Zürich und § 20 VVO; § 14 BtG Uri; § 5 Kanzlei-VO Schwyz; § 32 Abs. 2 BtG Nidwalden; § 98 Abs. 2 BtG Zug; Art. 12 lit. b BtG Freiburg; Art. 9 Abs. 1 BtG Schaffhausen; § 13 Abs. 1 BtG Appenzell A.-Rh.; Art. 11 Abs. 1 BtG Appenzell L.-Rh.; Art. 12 Abs. 2 BtG St. Gallen; Art. 17 Abs. 2 BtG Graubünden; § 16 Abs. 1 BtG Aargau; § 10 BtG Thurgau; Art. 11 Abs. 2 BtG Neuenburg; § 10 Abs. 1 Satz 2 BtG Genf.

⁴⁹ Ähnlich § 14 Abs. 1 BtG Zürich, der zeitlich begrenzte Ausnahmen vorsieht; § 25 Abs. 1 BtG Schwyz; § 10 BtG Thurgau, der überdies den Nachweis «wichtiger Gründe» verlangt.

nehmen ⁵⁰. Für die Erteilung der Ermächtigung ist nach Art. 13 Abs. 3 BtO I grundsätzlich die Wahlbehörde zuständig; das gilt wohl auch dort, wo eine solche Zuständigkeitsvorschrift fehlt.

6. *Die Beteiligung an Erwerbsgesellschaften.* — Nach Art. 15 Abs. 3 lit. b BBtG darf der Beamte nur *ausnahmsweise* zur Annahme der Stelle eines Verwaltungsrats- oder Vorstandsmitgliedes einer Erwerbsgesellschaft ermächtigt werden; das heißt aber indirekt, daß ihm die Annahme einer solchen Stelle *grundsätzlich untersagt* ist ⁵¹. Diese Unvereinbarkeitsbestimmung stellt eine nähere Positivierung des Verbotes jeder auf Erwerb gerichteten Nebenbeschäftigung dar, das im Bundesbeamtengesetz von 1927 implizite enthalten ist, infolge unsorgfältiger Gesetzesredaktion oder aus referendumpolitischen Gründen aber nirgends *expressis verbis* ausgesprochen wird ⁵².

Hinsichtlich der Frage nach den *Voraussetzungen*, unter denen eine *Ermächtigung* ausnahmsweise erteilt werden kann, ergibt sich aus den Materialien folgendes:

Im Februar 1918 wurde das Justiz- und Polizeidepartement angefragt, ob die Stelle eines Verwaltungsrates der bernischen Kraftwerke mit einer Beamtung bei der eidgenössischen Alkoholverwaltung vereinbar sei und wenn nicht, ob nicht eine Revision der Verordnung vom 21. Februar 1899 vorgenommen werden sollte, um die Unvereinbarkeit zu Gunsten *gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen* zu beseitigen oder doch zu mildern. Das Departement verneinte die Frage der Vereinbarkeit und erklärte, die geltende Verordnung mache einen Vorbehalt nur mit Bezug auf Verwaltungsratsmandate lokaler Unternehmungen von vorwiegend gemeinnütziger Art ⁵³, was

⁵⁰ Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. a BtO I; Art. 10 Abs. 1 lit. a BtO II; Art. 17 Abs. 3 lit. a BAO. — Ähnlich z. B. § 14 Abs. 1 BtG Zürich; § 13 Abs. 1 BtG Appenzell A.-Rh.; Art. 12 Abs. 2 BtG St. Gallen; Art. 17 Abs. 2 BtG Graubünden; § 16 Abs. 1 BtG Aargau.

⁵¹ Das war auch unter der Herrschaft des alten Rechts schon der Fall. — Vgl. Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 713 IV. In seinem dort zit. Entscheid vom 30. Januar 1914 stimmte der Bundesrat einhellig der Auffassung des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes zu, daß die Stellung eines Ehrenpräsidenten einer Bank A.-G. und einer Eisenbahnunternehmung mit dem Amte eines Bundesrichters nicht vereinbar sei; der betreffende Bundesrichter trat hierauf von seinen Ehrenpräsidentenstellen zurück.

⁵² Vgl. auch Ziff. 2 hievor. — Ausdrückliche Verbote der Annahme und Ausübung von Verwaltungsratsmandaten in wirtschaftlichen Unternehmungen enthalten die Beamtengesetze der Kantone Solothurn (§ 21 Abs. 5 in Verbindung mit § 20) und Wallis (Art. 3 Abs. 5).

⁵³ Vgl. Art. 3 der VO vom 21. Februar 1899 über die Unvereinbarkeit anderweitiger Stellen und Berufe mit eidgenössischen Anstellungen.

hier nicht zutreffe. Eine Revision im angeregten Sinne wurde nicht für angezeigt erachtet ⁵⁴.

Diese Revision erfolgte erst durch den Erlaß des Bundesbeamtengesetzes von 1927. Danach kann der Beamte — wie bemerkt — *ausnahmsweise* zur Annahme der Stelle eines Verwaltungsrats- oder Vorstandsmitgliedes einer Erwerbsgesellschaft ermächtigt werden ⁵⁵. Diese Neuregelung wurde ausschließlich deshalb getroffen, um höhere Bundesbeamte, namentlich Inhaber leitender Ämter, als *Vertreter des Bundes* in den Verwaltungsrat oder Vorstand privater Erwerbsunternehmungen abordnen zu können, an denen der *Bund finanziell beteiligt* oder *sonstwie wirtschaftlich interessiert* ist ⁵⁶. Die Ermächtigung zur Annahme von Vorstands- und Verwaltungsratsstellen soll dagegen auch nach neuem Recht regelmäßig *verweigert* werden, wo es sich nur um die *Wahrung persönlicher Interessen des Beamten* handelt ⁵⁷.

Inwieweit dem Beamten die *Beteiligung an einer Erwerbsgesellschaft* — von der eben erwähnten Beschränkung abgesehen — erlaubt ist, hängt in erster Linie von der *Art* der Beteiligung, dann aber auch vom *Charakter* und von der rechtlichen *Struktur der betreffenden Erwerbsgesellschaft* ab.

Zweck der dem Beamten mit Bezug auf die Beteiligung an Erwerbsgesellschaften auferlegten Beschränkungen ist nicht nur, ihn zu verhalten, seine ganze *Arbeitskraft* dem Amte zu widmen, sondern auch zu verhüten, daß ihn seine privaten Interessen mit seinen Amtspflichten in Konflikt bringen, sodaß er — wirklich oder bloß scheinbar — seine *Unbefangenheit* einbüßt. Solche Interessengegensätze lassen sich freilich theoretisch nicht restlos vermeiden, wenn den Beamten nicht jeder Vermögensbesitz verboten sein soll, aber sie lassen sich praktisch durch entsprechende Vorschriften immerhin auf ein erträgliches Maß reduzieren ⁵⁸.

⁵⁴ Vgl. Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 713 V, Gutachten des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes Nr. 15 vom 16. Februar 1918.

⁵⁵ Art. 15 Abs. 3 lit. b BBtG.

⁵⁶ In ähnlicher Weise sieht § 21 Abs. 5 (in Verbindung mit § 20) BtG Solothurn ausdrücklich vor, daß den Beamten die Annahme und Ausübung von Verwaltungsratsmandaten in wirtschaftlichen Unternehmungen irgendwelcher Art gestattet ist, soweit es sich dabei um staatliche Vertretungen handelt oder Unternehmungen in Frage stehen, in denen Staatsgelder investiert sind (gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, siehe z. B. Fleiner, Inst. 124) oder die einer staatlichen Konzession bedürfen.

⁵⁷ Vgl. hiezu die Botschaft des Bundesrates vom 18. Juli 1924 zum Bundesbeamtenengesetz, BBl 1924 III 85; Walter Fischler 97 f.

⁵⁸ Vgl. hiezu Burckhardt, Komm. 727.

Zunächst ist festzuhalten, daß den Beamten die *finanzielle Beteiligung* an einem privatwirtschaftlichen Unternehmen grundsätzlich *nicht verboten* ist. Das ist die übereinstimmende und zweifellos richtige Meinung von Theorie und Praxis⁵⁹. Wie Burckhardt weiter ausführt, ist auch eine Beteiligung am Unternehmergewinn oder -verlust erlaubt, sofern der betreffende Beamte nur am finanziellen Schlußresultat des Geschäftes interessiert, für die abgeschlossenen Rechtsgeschäfte aber selbst nicht verantwortlich ist⁶⁰.

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer finanziellen Beteiligung des Beamten an einem Unternehmen ist somit, daß er lediglich am finanziellen Ergebnis interessiert ist, dagegen keinen weiteren Einblick in die Geschäftsführung, in den Kundenkreis und in den Einkauf und Absatz der Waren erhält und an den einzelnen abgeschlossenen Rechtsgeschäften weder beteiligt, noch für sie verantwortlich ist⁶¹. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist dem Postulat einer möglichst unparteiischen, unbefangenen Verwaltungstätigkeit genügend Rechnung getragen.

Der Beamte darf somit *Aktionär, Obligationär oder Kommanditär*⁶² einer Erwerbsgesellschaft sein; ebenso wird ihm auch gestattet werden müssen, einer *Genossenschaft* als *Mitglied* anzugehören⁶³. Dagegen ist ihm — von den erwähnten Ausnahmen abgesehen — untersagt, dem *Verwaltungsrate* einer Erwerbsgesellschaft bzw. dem *Vorstande einer Genossenschaft* anzugehören oder den Posten eines Direktors, eines Prokuristen oder eines Handlungsbevollmächtigten zu bekleiden⁶⁴. Ebenso wenig darf der Beamte *Mitglied einer Kollektivgesellschaft oder unbeschränkt haftender Gesellschafter einer Kom-*

⁵⁹ Vgl. Burckhardt, Komm. 727, Bundesrecht II Nr. 713 III; Gutachten des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes Nr. 342 vom 3. April und 4. August 1911 und Nr. 218 vom 4. März 1912.

⁶⁰ Burckhardt, Komm. 727.

⁶¹ In diesem Sinne auch Walter Fischler 92.

⁶² Vgl. Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 713 III; Gutachten des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes Nr. 218 vom 4. März 1912, wo ausgeführt wird, gegen die *Einwerfung der Kommanditsumme* könne nichts eingewendet werden, wohl aber läge in einer *aktiven Beteiligung* im Geschäftsbetrieb eine mit der Bundesbeamtung unvereinbare Nebenbeschäftigung. Siehe auch Art. 594 ff., insbes. 600 OR.

⁶³ Vgl. Walter Fischler 92/93, Burckhardt, Komm. 727.

⁶⁴ Wie aus den parlamentarischen Beratungen hervorgeht, soll dem Beamten auch untersagt sein, Mitglied des Verwaltungsrates einer Familien-Aktiengesellschaft zu sein, in welcher ausschließlich Familienvermögen investiert ist (vgl. StenBull StR 1925 S. 106). Das geht freilich weit, entspricht aber durchaus der Tendenz des Bundesbeamtengesetzes.

manditgesellschaft sein, denn in diesen beiden Fällen liegt eben regelmäßig nicht bloß eine rein finanzielle Beteiligung am Unternehmen vor⁶⁵. Als Kollektivgesellschafter könnte der Beamte zwar vertraglich von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden⁶⁶; er besäße jedoch gleichwohl das Recht, in Korrespondenzen und Geschäftsbücher Einblick zu nehmen, und bliebe rechtlich an allen Rechtsgeschäften den andern Gesellschaftern und Dritten gegenüber beteiligt⁶⁷. Als unbeschränkt haftender Kommanditgesellschafter hätte der Beamte aber kraft Gesetzes die Geschäftsführung der Gesellschaft zu besorgen und dieselbe zu vertreten⁶⁸. Solche Befugnisse und Verpflichtungen sind aber mit der Bekleidung des Bundesamtes unvereinbar. Sie kommen einer unzulässigen, *aktiven Betätigung* im betreffenden Unternehmen gleich und gehen über eine bloß finanzielle Beteiligung weit hinaus. Anders verhält es sich, wenn der Beamte in der Eigenschaft eines Aktionärs, Obligationärs, Kommanditärs oder Genossenschafters an einem Unternehmen beteiligt ist. In diesen Fällen ist er regelmäßig nur am finanziellen Schlußresultat des Geschäftes interessiert, während seine Informationsmöglichkeiten im wesentlichen auf die Angaben des Geschäftsberichtes beschränkt bleiben und sein persönlicher Einfluß auf den Gang der Geschäfte ein sehr geringer ist, sodaß dem Postulat nach möglichst unparteiischer und unbefangener Verwaltungstätigkeit Genüge getan wird.

7. *Die Beteiligung an der Verwaltung und Leitung von Konsumvereinen und -genossenschaften im besonderen*⁶⁹. — Zu eingehenden Diskussionen hat von jeher die Frage Anlaß gegeben, ob und inwieweit sich der Beamte an der Verwaltung und Leitung von Konsumvereinen und -genossenschaften oder ähnlichen Organisationen beteiligen dürfe.

Schon im Jahre 1901 entschied der Bundesrat diese Frage auf Grund der VO vom 21. Februar 1899 dahin, daß den eidgenössischen Beamten und Angestellten die Bekleidung von Verwaltungsstellen bei Konsumgenossenschaften, die auf einen *förmlichen Gewinn* ausgehen, indem sie auch an *Nichtmitglieder* verkaufen, *untersagt* sein solle, *nicht* aber bei andern Konsumvereinen und genossenschaftlichen Ver-

⁶⁵ Vgl. Burekhardt, Komm. 727; Walter Fischler 93.

⁶⁶ Art. 535 Abs. 1 OR.

⁶⁷ Art. 540 f., 568 OR.

⁶⁸ Art. 599 und 604 OR.

⁶⁹ Vgl. dazu auch Walter Fischler 94 f.

bänden, deren Tätigkeit auf den Kreis ihrer *eigenen Mitglieder* beschränkt bleibe ⁷⁰.

Als der schweizerische Handels- und Industrieverein dann im Jahre 1909 den Bundesrat ersuchte, es sei den eidgenössischen Verkehrsbeamten (Post-, Telegraphen-, Telephon-, Eisenbahn- und Zollbeamten) sowie den Beamten der Lebensmittelkontrolle und der Nationalbank jede Tätigkeit in der Verwaltung genossenschaftlicher Betriebe zu untersagen, wies der Bundesrat dieses Gesuch mit der Begründung ab, er habe keine Veranlassung, auf seinen Beschluß vom Jahre 1901 zurückzukommen ⁷¹. Im Jahre 1914 prüfte der Bundesrat die Frage erneut und beschloß, an seinem bisherigen Standpunkt festzuhalten ⁷².

Angesichts dieser ständigen Diskussionen erschien es angezeigt, die Frage, ob und inwieweit dem Beamten die Beteiligung an der Leitung und Verwaltung von Konsumgenossenschaften und ähnlichen Organisationen gestattet sei, beim Erlaß des Bundesbeamtengesetzes von 1927 ausdrücklich zu regeln. Dabei machte sich der Gesetzgeber den Standpunkt des Bundesrates zu eigen und bestimmte, daß «Vereinigungen oder Anstalten, die nach dem Grundsatz der Selbsthilfe ihren eigenen Mitgliedern wirtschaftliche Erleichterungen verschaffen wollen», *nicht* als Erwerbsgesellschaften im Sinne von Art. 15 Abs. 3 lit. b BBtG gelten, deren Verwaltungsrat oder Vorstand der Beamte nur ausnahmsweise, mithin also grundsätzlich nicht angehören darf. Es ist den Beamten demnach ohne weiteres *gestattet*, Konsumvereine und -genossenschaften oder ähnliche Vereinigungen zu *bilden*, ihnen *anzugehören* und sich *an ihrer Leitung und Verwaltung zu beteiligen* ⁷³. Voraussetzung ist aber, daß es sich dabei um Selbst-

⁷⁰ BRB vom 2. Dezember 1901 betr. die Beteiligung von eidg. Beamten und Angestellten an der Verwaltung und Leitung von Konsumgenossenschaften. Vgl. Salis I, 2 A. Nr. 224; Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 713 II; Botschaft des Bundesrates vom 18. Juli 1924 zum BtG S. 85 f.; BBl 1902 II 596, 1911 I 515/516.

⁷¹ Vgl. Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 713 II.

⁷² Vgl. BBl 1915 II 26/27; Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 713 II.

⁷³ In seinem Gutachten Nr. 18 vom 10. August 1936 (vgl. Verwaltungsentscheide Heft 10 Nr. 21) erklärte das eidg. Justiz- und Polizeidepartement ausdrücklich die Bildung von Einkaufsgenossenschaften für erlaubt, indem es u. a. bemerkte: Nach Art. 15 Abs. 3 und 4 BBtG könne der Beamte ohne vorherige Einholung einer Ermächtigung die Stelle eines Verwaltungsrats- oder Vorstandsmitgliedes in Vereinigungen oder Anstalten annehmen, die nach dem Grundsatz der Selbsthilfe ihren eigenen Mitgliedern wirtschaftliche Erleichterungen verschaffen wollen (vgl. BBl 1924 III 86). Wenn es aber den Beamten grundsätzlich gestattet sei, solchen Vereinigungen als Vorstands- oder Verwaltungsratsmitglied anzugehören, so folge daraus, daß die Bildung solcher Vereini-

hilfeorganisationen handelt, deren Tätigkeitsbereich sich auf die Preisgestaltung für die eigenen Mitglieder beschränkt und die nur diesen wirtschaftliche Erleichterungen verschaffen wollen und nicht Drittpersonen gegenüber auf Gewinn und Erwerb ausgehen.

Dabei sollte den Beamten die Beteiligung an der Leitung und Verwaltung von Genossenschaften der genannten Art — wie der Bundesrat in seiner Botschaft zum Bundesbeamtengesetz ausdrücklich erklärte ⁷⁴ — ohne vorherige Einholung einer Ermächtigung erlaubt sein ⁷⁵. Das hinderte den Bundesrat indessen nicht, in den beiden Beamtenordnungen und in der Angestelltenordnung vorzuschreiben, der Beamte habe auf dem Dienstweg eine Ermächtigung einzuholen ⁷⁶.

8. Nach Art. 15 Abs. 2 lit. b BBtG ist der Betrieb einer *Wirtschaft* und der gewerbsmäßige *Kleinverkauf alkoholischer Getränke* durch ein in der Haushaltung des Beamten lebendes Familienglied mit dem Bundesamte unvereinbar, und zwar gilt diese Vorschrift — wie aus den Materialien des Bundesbeamtengesetzes hervorgeht — auch für *alkoholfreie* Gastwirtschaftsbetriebe ⁷⁷. Diese Unvereinbarkeitsbe-

gungen durch die Beamten von der geltenden Gesetzgebung erlaubt sei und nicht beschränkt werden solle, sofern sich diese Vereine im Rahmen des Art. 15 Abs. 4 BBtG bewegen. Vgl. hiezu auch das allgemeine Zirkular AZ 49/33 der Generaldirektion der schweiz. Bundesbahnen vom 5. September 1933 betr. unerlaubte Nebenbeschäftigungen.

⁷⁴ Vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 18. Juli 1924 zum BBtG, BB1 1924 III 86.

⁷⁵ Das ist offenbar auch die Meinung des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes; vgl. das in N 73 hievor zit. Gutachten desselben.

⁷⁶ Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. b BtO I; Art. 10 Abs. 1 lit. b BtO II; Art. 17 Abs. 3 lit. b BAO. Die Pflicht zur Einholung einer Ermächtigung wurde auf Veranlassung des eidg. Personalamtes eingeführt, da es nicht dem Befinden des Beamten selber überlassen werden könne, zu bestimmen, ob es sich im Einzelfall um eine Erwerbsgesellschaft im Sinne von Art. 15 Abs. 3 oder um eine Selbsthilfeorganisation im Sinne von Art. 15 Abs. 4 BBtG handle. Das zu entscheiden müsse der zuständige Amtsstelle überlassen werden.

⁷⁷ Vgl. StenBull StR 1925 S. 104 ff.; StenBull NR 1926 S. 303; StenBull StR 1927 S. 18; StenBull NR 1927 S. 308. — Der Nationalrat wollte die Unvereinbarkeit auf nicht alkoholfreie Wirtschaften beschränken; der Ständerat dagegen meinte sie auch auf die alkoholfreien Gaststätten ausdehnen zu müssen. Schließlich obsiegte die Auffassung des Ständerates. Ausschlaggebend für die Stellungnahme des Ständerates waren «Rücksichten auf die Konkurrenz und die Erwägung, daß selbst der bloße Schein der Parteilichkeit sowie andere dem Dienstverhältnis nicht zuträgliche Kollisionen vermieden werden sollten» (StenBull NR 1927 S. 308). Es wurde namentlich befürchtet, wenn ein Familienglied des Beamten eine Wirtschaft betreibe, sei es eine alkoholfreie oder eine andere, so bestehe die Gefahr, daß der betreffende Beamte als Vorgesetzter diejenigen Untergebenen bevorzuge, die in der Wirtschaft seiner Angehörigen verkehren (StenBull StR 1927 S. 18).

stimmung soll nämlich nicht nur den Beamten vor übermäßigem *Alkoholgenuß* bewahren, sondern auch eine *unparteiische, unbefangene Verwaltungstätigkeit* garantieren, für die man schon in der Führung einer *alkoholfreien* Wirtschaft durch ein in der Haushaltung des Beamten lebendes Familienglied eine Gefahr sah ⁷⁸.

b) Kantonales Beamtenrecht:

Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen ⁷⁹

1. Zürich

§ 14 BtG: Nebenbeschäftigungen

«Vollamtlichen Beamten und Angestellten ist die Ausübung einer *bezahlten* oder *zeitraubenden* Nebenbeschäftigung untersagt ⁸⁰. Regierungsrat und Obergericht sind ermächtigt, zeitlich begrenzte *Ausnahmen* zu bewilligen. Erteilte Bewilligungen können jederzeit entzogen werden, wenn die Ausübung der Nebengeschäfte die *Amtstätigkeit* beeinträchtigt ⁸¹.

Für die Übernahme von *Gutachten* haben vollamtliche Beamte und Angestellte der Verwaltung, der Gerichte und der Notariate die Ermächtigung der zuständigen Direktion des Regierungsrates oder des Obergerichtes einzuholen.»

⁷⁸ Nach dem Wortlaut der einschlägigen kantonalen Unvereinbarkeitsbestimmungen muß angenommen werden, sie gelten ebenfalls auch für alkoholfreie Wirtschaftsbetriebe. Vgl. Art. 12 Abs. 4 BtG St. Gallen; § 16 Abs. 3 BtG Aargau; Art. 10 Abs. 2 letzter Satz BtG Genf.

⁷⁹ Unterstreichungen alle vom Verfasser.

⁸⁰ In Anwendung der dieser Bestimmung entsprechenden Vorschrift des früheren Rechts verfiel die Verwaltungskommission des zürcherischen Obergerichtes einen Notar (der nach zürcherischem Recht Beamter ist) in eine Ordnungsbuße, weil er, ohne die erforderliche Bewilligung nachgesucht zu haben, die Liquidation eines Nachlasses, welche ungefähr 2400 Arbeitsstunden erforderte, übernommen und dafür ein Honorar von über Fr. 20 000 bezogen hatte. Ein Gesuch um Aufhebung der Ordnungsbuße wurde von der Verwaltungskommission abgewiesen, wobei u. a. zutreffend ausgeführt wurde, der Beamte könne auch in der dienstfreien Zeit (Sonn- und Feiertage, Ferien) nicht nach Belieben über seine Arbeitskraft verfügen, sondern er sei verpflichtet, sie *ausschließlich* im Dienste des Gemeinwesens zu verwenden. Das Verbot zeitraubender Nebenbeschäftigungen wolle verhüten, daß der Bedienstete die Freizeit zu einem erheblichen Teil nicht ihrem eigentlichen Zwecke gemäß, nämlich zur Erholung, verwende, und auf diese Weise seine Arbeitskraft gefährde oder schädige und so seine Leistungen für das Gemeinwesen beeinträchtige. Entscheidung der Verwaltungskommission des zürcherischen Obergerichtes vom 3. Juli 1944, BIZR 44 (1945) Nr. 16 S. 56 und 58.

⁸¹ Für die Erteilung von Bewilligungen sind gemäß § 20 Vollziehungsbestimmungen zuständig:

1. die Direktionen des Regierungsrates, sofern die Einnahmen aus regelmäßiger, bezahlter Nebenbeschäftigung Fr. 600.— im Jahr nicht übersteigen,
2. in allen anderen Fällen der Regierungsrat.

§ 10 BtG:

«Den Beamten und Angestellten ist untersagt, Spekulationen zu betreiben ...»

2. Bern

Art. 11 BtG: Nebenbeschäftigung

«Dem Beamten ist jede Nebenbeschäftigung verboten, durch die seine Amtstätigkeit beeinträchtigt wird; die Ausübung eines Nebenberufes, durch den Handel, Gewerbe oder die freien Berufe konkurrenziert werden, ist ihm nur in besonderen Fällen mit Bewilligung der Aufsichtsbehörde (Regierungsrat, Obergericht, Verwaltungsgericht, Rekurskommission) gestattet.»

3. Luzern

§ 16 BtG: Nebenbeschäftigung

«Private Nebenbeschäftigungen sowie die Übernahme zusätzlicher Beamten sind dem Beamten untersagt, wenn sie *nachteilig auf die Erfüllung seiner dienstlichen Obliegenheiten einwirken* oder wenn sie sich mit seiner amtlichen Stellung *nicht vertragen*.

Über Anstände aus dieser Vorschrift entscheidet bei administrativen Beamten der Regierungsrat und bei gerichtlichen Beamten das Obergericht.»

4. Uri

§ 14 BtG: Nebenberuf und Nebenbeschäftigung

«Die Angestellten haben dem Staatsdienst ihre volle Tätigkeit zu widmen. Sie dürfen ohne Bewilligung des Regierungsrates weder eine besoldete und zeitraubende Stelle bekleiden, noch einen Nebenberuf ausüben. Ergeben sich Übelstände, so kann eine bereits erteilte Bewilligung zurückgezogen werden.»

5. Schwyz

§ 25 BtG:

«Mit einer vollamtlichen Anstellung ist die Ausübung eines *Nebenberufes* oder einer *besoldeten* oder *zeitraubenden* Nebenbeschäftigung unvereinbar. Der Regierungsrat kann *Ausnahmen* bewilligen.

Honorare und Vergütungen, die vollbeschäftigte Beamte und Angestellte aus der Zugehörigkeit zu einer eidgenössischen oder kantonalen Behörde oder aus besonderen Dienstleistungen während der Arbeitszeit beziehen, sind nach billigem Ermessen des Regierungsrates auf den Gehalt *anzurechnen*.»

6. Obwalden

Keine Bestimmungen betreffend Nebenbeschäftigungen.

7. Nidwalden

§ 32 BtG: Nebenerwerb

«Vollamtliche Beamte und Angestellte haben die ganze Zeit und ihre volle Arbeitskraft den amtlichen Geschäften zu widmen.

Nebenerwerb darf nur mit *ausdrücklicher* Bewilligung des Regierungsrates ausgeübt werden.»

8. Glarus

§ 29 BtG: Nebenberuf und Nebenbeschäftigung

«Beamte und Angestellte mit vollamtlicher Anstellung und ihre *Ehefrauen* dürfen *keinen besonderen Beruf* oder ein besonderes *Gewerbe* betreiben.

Beamte und Angestellte mit vollamtlicher Anstellung dürfen *keine bezahlte Nebenbeschäftigung* ausüben, durch welche die Amtstätigkeit *nachteilig* beeinflußt wird oder durch welche *Erwerbende in der Privatwirtschaft* wesentlich *benachteiligt* werden.

Die Übernahme der Mitgliedschaft einer Behörde oder eines bezahlten öffentlichen Amtes sind dem Regierungsrat bzw. dem Obergericht anzuzeigen.

Der Regierungsrat bzw. das Obergericht entscheiden über die Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung, sie können die Annahme eines bezahlten öffentlichen Amtes untersagen.»

9. Zug

§ 98 BtG:

«Die Beamten und Angestellten im Hauptamt haben die ganze Zeit und ihre volle Arbeitskraft den Amtsgeschäften zu widmen.

Nebenerwerb darf nur mit ausdrücklicher Bewilligung des Regierungsrates ausgeübt werden.»

§ 100 BtG:

«Den Beamten und Angestellten ist die Eingehung von *Bürgschaften* *untersagt*.»

10. Freiburg

Art. 12: Verbote

«Es ist den Beamten untersagt:

b) ohne besondere Bewilligung einträgliche Nebenbeschäftigungen auszuüben.»

11. Solothurn

Unvereinbarkeiten und Nebenbeschäftigungen

§ 20 BtG:

«Das Amt eines *Regierungsrates* ist unvereinbar mit einer andern festbesoldeten Stelle und der Ausübung eines besondern Berufes oder Gewerbes, ferner mit der Annahme und Ausübung von Verwaltungsratsmandaten in wirtschaftlichen Unternehmungen irgend welcher Art mit Ausnahme staatlicher Vertretungen und solcher Unternehmungen, in denen Staatsgelder investiert sind oder die einer staatlichen Konzession bedürfen.»

§ 21 BtG:

«Mit einer vollamtlichen Anstellung ist *unvereinbar* die Ausübung eines besondern *Berufes* oder *Gewerbes* durch den Amtsinhaber oder dessen *Ehefrau*.

Mit einer vollamtlichen Anstellung ist unvereinbar jede *Nebenbeschäftigung* des Amtsinhabers und dessen *Ehefrau*, durch welche die *Amtstätigkeit* *nachteilig* *beeinflusst* oder durch welche die *Erwerbenden der Privatwirtschaft* wesentlich *benachteiligt* werden können.

Vorbehalten bleibt die Befugnis der im Dienste des Staates oder seiner Anstalten stehenden Spezialbeamten wissenschaftlicher oder technischer Richtung zur *Privatpraxis*, soweit ihnen diese vom Regierungsrat bei der Wahl eingeräumt wird und der Besorgung ihres Amtes nicht nachteilig ist.

Die Ausübung bezahlter öffentlicher Ämter, die Übernahme von Gutachten und die Auswertung eigener Erfindungen sind dem Regierungsrat anzuzeigen. Unter den Voraussetzungen des Abs. 2 hievon kann der Regierungsrat diese Tätigkeit untersagen.

Die Bestimmung des § 20 über die Annahme und Ausübung von *Verwaltungsmandaten* findet sinngemäß Anwendung für alle Beamten und Angestellten.

Über Ausnahmen und Anstände aller Art in Bezug auf Nebenbeschäftigungen entscheidet der Regierungsrat.»

In Ausführung der vorstehenden Gesetzesbestimmungen erließ der Regierungsrat des Kantons Solothurn folgende

Vorläufige Richtlinien über die Unvereinbarkeiten und Nebenbeschäftigungen des Staatspersonals ⁸²

I. «Mit einer vollamtlichen Anstellung sind *unvereinbar* :

1. Die Zugehörigkeit zu einem Verwaltungsrat oder zu einem andern geschäftsleitenden Organ eines wirtschaftlichen Unternehmens irgendwelcher Art, sofern es sich nicht um eine staatliche Vertretung in einem solchen oder um eine staatliche Vertretung in Unternehmungen handelt, in denen Staatsgelder investiert sind oder die einer staatlichen Konzession bedürfen.

2. Die Beteiligung sowohl des Amtsinhabers als auch seiner Ehefrau als Gesellschafter an einer einfachen Gesellschaft oder einer Kollektiv-Gesellschaft, als unbeschränkt haftender Teilhaber einer Kommandit-Gesellschaft oder als geschäftsführender Teilhaber einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie der Betrieb irgend eines Geschäftes als Einzelfirma, sei es unter eigenem oder fremdem Namen.

3. Die bezahlte Betätigung außerhalb der Bürozeit auf Arbeitsgebieten, auf welchen Freierwerbende ihren Hauptverdienst haben, sowie überhaupt jede entgeltliche Tätigkeit, durch welche die Erwerbenden der Privatwirtschaft wesentlich benachteiligt werden können oder die Amtstätigkeit nachteilig beeinflusst wird.

4. Die regelmäßige Betätigung der Ehefrau eines vollamtlich angestellten Amtsinhabers in öffentlichen, kaufmännischen, industriellen und gewerblichen Betrieben. Das Finanz-Departement kann auf begründetes Gesuch solche Nebenbeschäftigungen der Ehefrau gestatten, sofern die finanziellen Verhältnisse des Amtsinhabers ein zusätzliches Einkommen durch die Ehefrau erfordern und der Verdienst der Ehefrau die Summe von Fr. 600.— pro Jahr nicht übersteigt. Gegen den Entscheid kann innerhalb 14 Tagen seit Zustellung desselben Rekurs an den Regierungsrat geführt werden. Dieser entscheidet endgültig.»

⁸² Vgl. RRB Nr. 1612 vom 15. April 1942, Sammelheft «Rechte und Pflichten des solothurnischen Staatspersonals», herausgegeben von der Staatskanzlei 1943, S. 22 ff.

II. «Nicht untersagt sind:

1. Die Zugehörigkeit zu einer Verwaltungsbehörde einer Selbsthilfegenossenschaft, sofern diese keine andern Entschädigungen als Sitzungsgelder ausrichtet und die Teilnahme an diesen Sitzungen keine Arbeitszeitversäumnis zur Folge hat.

2. Die nebenamtliche Ausübung bezahlter öffentlicher Ämter sowie die Tätigkeit in Vereinen (Art. 60 ZGB).

3. Die Erteilung von Unterricht an öffentlichen Schulen, sofern während der ordentlichen Bürozeit nicht mehr als vier Stunden wöchentlich beansprucht werden.

Die Einnahmen aus den in Ziff. 1, 2 und 3 erlaubten Betätigungen dürfen zusammen jährlich nicht mehr als Fr. 1500.— betragen.»

Nach Ziff. III dieser Richtlinien mußten die mit ihnen in Widerspruch stehenden Erwerbsverhältnisse innert Jahresfrist aufgelöst werden.

12. Basel-Stadt

§ 19 BtG: Nebenbeschäftigung

«Die Beamten und Angestellten haben, wenn nicht das Gesetz ausdrücklich etwas anderes bestimmt, ihre Arbeitszeit ausschließlich ihrem Amte zu widmen und dürfen *keinen Nebenberuf* treiben. Es ist ihnen untersagt, Arbeiten für Private auszuführen oder sich an Geschäften oder Unternehmungen zu beteiligen, wenn dadurch ihre *Dienstzeit in Anspruch* genommen oder ihre *Leistungsfähigkeit* für ihr Amt *geschädigt* wird, oder wenn diese Tätigkeit sich sonstwie mit ihren Dienstpflichten nicht verträgt.»

§ 20 BtG: Börsengeschäfte

«Den Beamten und Angestellten ist es untersagt, ohne ausdrückliche *Bewilligung* des Departementsvorstehers bzw. der vorgesetzten Gerichtsbehörde *Termin- und Prämiengeschäfte* an der hiesigen oder einer auswärtigen *Börse* zu machen.»

13. Basel-Land

§ 8 BtG: Unvereinbarkeiten

«Mit einer vollamtlichen Anstellung ist die Nebenbeschäftigung des Amtsinhabers, durch welche die *Amtstätigkeit* *nachteilig* beeinflusst wird, oder durch welche die *Freierwerbenden im Konkurrenzkampfe* wesentlich *benachteiligt* werden, unvereinbar; vorbehalten bleibt die Befugnis der im Dienste einer staatlichen Anstalt stehenden Ärzte zur *Privatpraxis*.

Diese Bestimmung gilt in der Regel sinngemäß auch für die *Ehefrau* des Amtsinhabers. Vorbehalten bleiben anderweitige gesetzliche Vorschriften.

Über die Ausübung einer Nebenbeschäftigung entscheidet auf schriftliches Gesuch hin die gemäß § 1, Abs. 4, zuständige Aufsichtsinstanz.»

14. Schaffhausen

Art. 9 BtG:

«Vollbeschäftigte Beamte und Angestellte dürfen ohne *Bewilligung* der Wahlbehörde *keine andere Stelle* bekleiden oder einen *Nebenberuf* betreiben. Die *Bewilligung* ist zu versagen, wenn die nebenamtliche und berufliche Tätigkeit sich irgendwie nicht mit den Dienstpflichten vereinbaren läßt.

Auch für die Übernahme zeitraubender Nebenarbeiten, wie Expertisen, Gutachten etc., haben die vollbeschäftigten Beamten und Angestellten die Ermächtigung des Amtsvorstandes einzuholen.

Eine erteilte Bewilligung kann jederzeit zurückgezogen werden.»

15. Appenzell A.-Rh.

§ 13 BtG: Nebenarbeit

«Die im Hauptamt tätigen Beamten und Angestellten dürfen *ohne Bewilligung* des Regierungsrates weder eine *andere besoldete oder zeitraubende Stelle* bekleiden noch einen *Nebenberuf* ausüben. Ergeben sich Übelstände, so kann eine bereits erteilte Bewilligung wieder zurückgezogen werden.

Für zeitraubende Nebenarbeiten privater Natur wie Expertisen, Gutachten usw. ist stets die Bewilligung des Regierungsrates einzuholen.

Spezielle Aufträge, welche einen größeren Arbeitsaufwand erfordern, nicht zur ordentlichen Amtstätigkeit gehören und in der Freizeit erledigt werden, sind besonders zu honorieren.»

16. Appenzell I.-Rh.

Art. 11 BtG: Nebenbeschäftigungen

«Angestellte dürfen *ohne Bewilligung* der Standeskommission weder eine *andere besoldete oder zeitraubende Stelle* bekleiden noch einen Nebenberuf betreiben.»

17. St. Gallen

Art. 12 BtG: Nebenbeschäftigung

«Das Personal hat, sofern die Wahl- oder Anstellungsbedingungen nicht ausdrücklich etwas anderes vorsehen, die volle Arbeitskraft dem Staatsdienste zu widmen.

Ohne *Bewilligung* der Wahlbehörde dürfen keine *entgeltlichen oder zeitraubenden Nebenbeschäftigungen* ausgeübt werden. Für die Erteilung dieser Bewilligung an Beamte, die vom Volk oder vom Großen Rat gewählt werden, ist der Regierungsrat *zuständig*.

Ergeben sich Mißstände, so kann eine erteilte Bewilligung zurückgezogen werden.

Dem Personal ist im Rahmen von Art. 13 des Wirtschaftsgesetzes die *Führung eines Gastwirtschaftsbetriebes untersagt*.»

18. Graubünden

Art. 17: Unvereinbarkeit von Ämtern, Nebenbeschäftigung und Interessenkollision

«Vollamtliche Funktionäre dürfen ohne Bewilligung des Departementschefs und in wichtigen Fällen des Kleinen Rates weder eine *andere besoldete Stelle* bekleiden, noch einen Nebenberuf oder zeitraubende Nebenarbeiten betreiben.

Ergeben sich Übelstände, ist eine bereits erteilte Bewilligung zurückzuziehen.»

19. Aargau

§ 16 BtG:

«Beamte, welche dem Staatsdienste ihre volle Tätigkeit zu widmen haben, dürfen ohne *Bewilligung* des Regierungsrates oder des Obergerichtes weder eine andere *besoldete und zeitraubende Stelle* bekleiden, noch einen *Nebenberuf* oder *zeitraubende* Nebenarbeiten ausüben. Ergeben sich Übelstände, so kann eine bereits erteilte Bewilligung zurückgezogen werden.

Für den Entscheid über die Ausübung von Nebenberufen durch Mitglieder des Regierungsrates und des Obergerichtes ist der Große Rat zuständig.

Den Beamten ist *untersagt*, *Wirtschaften* und solche *Privatgeschäfte*, die ihrer Natur nach mit ihrer Stellung und ihren Amtspflichten *unvereinbar* sind, *selbst* zu betreiben, oder durch Angehörige, die in der nämlichen Haushaltung leben, betreiben zu lassen.»

§ 8 VVO:

«Als Privatgeschäfte, deren Ausübung den Beamten gemäß § 16 Abs. 3 des Besoldungsdekretes untersagt ist, sind solche zu verstehen, durch deren Betreibung sie mit andern *Erwerbstätigen* in erheblichem Maße in *Konkurrenz* treten würden.»

20. Thurgau

§ 10 BtG:

«Beamte und Angestellte sind zu ausschließlich persönlicher Dienstleistung unter Einsatz ihrer vollen Arbeitskraft verpflichtet. Sie dürfen *keine Nebenbeschäftigungen übernehmen*, die *nachteilig* auf die Erfüllung der Amtspflichten einwirken können oder sich mit der amtlichen Stellung nicht vertragen. Wird mit einer Nebenbeschäftigung ein *Erwerb* erstrebt, so ist dafür in allen Fällen eine *Bewilligung* des Regierungsrates einzuholen, der solchen Gesuchen *ausnahmsweise* beim Nachweis *wichtiger Gründe* entsprechen kann.»

21. Tessin

Art. 12 BtG:

«Gli impiegati nelle ore di ufficio devono dedicare la loro attività, in maniera assoluta al disimpegno del lavoro inerente alla loro funzione.

Nelle ore libere possono dedicarsi solo alle occupazioni accessorie:

- a) che non portano un *danno allo svolgimento del loro lavoro* normale;
- b) che sono compatibili col decoro della loro funzione;
- c) che non costituiscono *concorrenza nel campo* professionale, industriale, commerciale ed artigianale.»

22. Waadt

Art. 19 BtG: Occupations accessoires

«Les fonctionnaires ne peuvent avoir d'occupations accessoires qui seraient inconciliables avec leur *situation officielle* ou les *devoirs* de leur charge, nuiraient à l'exercice de leurs fonctions ou entraîneraient un *cumul de gains inadmissible*.

Le Conseil d'Etat et pour l'ordre judiciaire le Tribunal Cantonal, ont seuls compétence pour interdire à un fonctionnaire, en application de l'alinéa précédent, l'exercice d'une activité accessoire.

Par dispositions générales et dans les limites fixées au premier alinéa, le Conseil d'Etat peut, après consultation du tribunal cantonal, interdire certaines occupations accessoires déterminées.»

23. Wallis

Art. 3 BtG:

«Abs. 1: Das Personal schuldet dem Staat ganze Arbeit und volle Tätigkeit. Es soll die ihm übertragenen Arbeiten gewissenhaft und mit Sorgfalt, entsprechend den Gesetzen, Dekreten, Verordnungen, Reglementen oder Weisungen ausführen.

Abs. 5: Jegliche *Nebenbeschäftigung*, die nicht zur Staatsverwaltung gehört, sowie die Ausübung irgendeines *gewinnbringenden Nebenberufes* sind den Beamten und Angestellten untersagt. Es ist ihnen verboten eine *Stelle als Verwaltungsrat* anzunehmen oder an der *Leitung einer Gesellschaft mit gewinnbringendem Zweck* teilzunehmen. *Gehaltskumulierung* ist untersagt.

Abs. 6: Ganz besonders Beamten und Angestellten technischer Berufe ist es *untersagt*, Arbeiten für Privatpersonen auszuführen; ebenso ist es Beamten und Angestellten verboten ihren Beruf als Notar, Advokat, Arzt, Tierarzt, Apotheker, Ingenieur und Architekt auszuüben.

Abs. 7: Die Mitwirkung von Beamten und Angestellten bei Schiedssprüchen, Expertisen oder Preisgerichten sieht von Fall zu Fall die Einholung der Erlaubnis des zuständigen Departementsvorstehers vor.»

24. Neuenburg

Art. 11: Incompatibilités

«Sont incompatibles avec une fonction dans l'administration cantonale:

b) pour le fonctionnaire qui doit tout son temps à l'Etat, l'exercice de toute industrie et l'exploitation de tout commerce,

c) l'exercice de toute occupation par le fonctionnaire ou par un membre de sa famille vivant dans son ménage, lorsque cet exercice peut porter préjudice à l'accomplissement des devoirs de service du fonctionnaire.

Le fonctionnaire qui doit tout son temps à ses fonctions ne peut exercer une activité accessoire de nature lucrative qu'après avoir obtenu l'autorisation de l'autorité de nomination. L'autorisation peut être retirée en tout temps moyennant un avertissement de six mois au moins.»

25. Genf

Art. 10 BtG:

«Les fonctionnaires ne peuvent exploiter un *commerce* ni exercer une *industrie* à côté de leurs fonctions. S'ils exercent une profession accessoire rémunérée, ils ne peuvent le faire qu'avec l'autorisation du Conseil d'Etat.

Il y a incompatibilité entre la fonction cantonale et les occupations accessoires exercées par un fonctionnaire ou toute occupation exercée par son *cojoint* lorsqu'elles peuvent porter *préjudice à l'accomplissement des devoirs* de service du fonctionnaire ou lorsqu'elles sont inconciliables avec sa *situation officielle*. C'est le cas, notamment, lorsqu'il s'agit de l'exploitation d'un *restaurant* ou d'un *café* ou de la *vente professionnelle au détail de boissons alcooliques*.»

2. Die Motive der Beschränkungen: die *ratio legis*

Die Handels- und Gewerbefreiheit der Beamten, ihr Recht, auf Erwerb gerichtete Nebenbeschäftigungen zu betreiben, ist — wie im Vorstehenden eingehend dargelegt — durch Unvereinbarkeitsvorschriften in sehr weitgehendem Maße beschränkt. Zum vollen Verständnis der zahlreichen und mannigfaltigen Bestimmungen und zur Prüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit ist es unerlässlich, den gesetzgeberischen *Motiven* nachzugehen, die zu derart umfassenden Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit der Beamten Anlaß gegeben haben. Ihren Motiven nach lassen sich im wesentlichen *zwei große Gruppen* von Beschränkungen unterscheiden:

1. Beschränkungen im Interesse des *Dienstes*,
2. Beschränkungen im Interesse der *Konkurrenzfähigkeit der privaten Erwerbstätigen*.

a) Beschränkungen im Interesse des Dienstes

Die dienstlichen Interessen, die der Gesetzgeber durch entsprechende Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit der Beamten wahrzunehmen sucht, sind zur Hauptsache die folgenden:

aa) *Die Gewährleistung gewissenhafter Pflichterfüllung.* — Die Beamten haben die mit der Eingehung des Dienstverhältnisses übernommenen Pflichten auch bei ihrer außerdienstlichen Betätigung unbedingt zu respektieren. Das erscheint als selbstverständlich und gilt auch ohne besondere Vorschrift. Nebenbeschäftigungen, die sich mit den Dienstpflichten des Beamten nicht vertragen, sind deshalb zum vornherein unzulässig. Das gilt aber nicht nur mit Bezug auf die Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses — wie der Bundesrat anzunehmen scheint ⁸³ —, sondern ebenso hinsichtlich aller andern Pflichten der Beamten, insbesondere der Treuepflicht und der Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten.

bb) *Die Erhaltung der Arbeitskraft des Beamten für das Amt.* — Der Staat will als Dienstherr über die ungeschmälerete Arbeitskraft seiner vollamtlich angestellten Dienstpflichtigen verfügen können ⁸⁴. Würde dem Beamten die Übernahme von Nebenbeschäftigungen un-

⁸³ Vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. a BtO I; Art. 10 Abs. 2 lit. a BtO II; Art. 17 Abs. 2 lit. c BAO.

⁸⁴ Der Beamte ist in der Regel zu ausschließlich persönlicher Dienstleistung verpflichtet und hat — wenigstens wenn er vollamtlich angestellt ist — seine volle Arbeitskraft dem Amte zu widmen. Vgl. z. B. Art. 21 Abs. 1 BBtG; Art. 22 Abs. 1 BAO; § 10 Satz 1 BtG Thurgau; Art. 12 Abs. 1 BtG Tessin.

beschränkt gestattet, so bestünde jedoch große Gefahr, daß er sich durch Nebenbeschäftigungen derart in Anspruch nehmen ließe, daß die Besorgung der dienstlichen Obliegenheiten in Mitleidenschaft gezogen würde⁸⁵. Eine solche Beeinträchtigung der Amtstätigkeit muß aber unter allen Umständen vermieden werden. Nebenbeschäftigungen können deshalb nur zulässig sein, soweit sie sich auf die *Erfüllung der dienstlichen Obliegenheiten in keiner Weise nachteilig auswirken*⁸⁶.

cc) *Die Erhaltung der Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit des Beamten.* — Es liegt zweifellos im Interesse des Dienstes, daß dem Beamten von Seiten seiner Vorgesetzten, Mitarbeiter und Untergebenen wie auch von Seiten des Publikums Achtung und Vertrauen entgegengebracht werden können⁸⁷. Wo es daran fehlt, ist eine ge-
deihliche Amtstätigkeit schlechthin unmöglich. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß der Gesetzgeber jede Gefahr, die der Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit des Beamten droht, zum vornherein auszuschließen trachtet. Eine solche Gefahr kann aber unter Umständen auch einer Nebenbeschäftigung des Beamten oder bestimmten Beschäftigungen der mit ihm in ungeteiltem Haushalt lebenden Familienglieder innewohnen. Das ist namentlich dann der Fall, wenn es sich um Tätigkeiten handelt, die den Beamten zu *übermäßigem Alkoholgenuß* verleiten oder ihn in *Zahlungsschwierigkeiten* bringen können. Beides, übermäßiger Alkoholgenuß wie Zahlungsunfähigkeit, ist aber der Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit des Beamten gleichermaßen abträglich⁸⁸. Einzelne Beamtenengesetze untersagen den Beamten deshalb ausdrücklich, selbst einen *Wirtschaftsbetrieb* zu führen oder durch die in seiner Haushaltung lebenden Familienglieder führen zu lassen⁸⁹, und verbieten ihm ferner, an der Börse zu *spekulieren*⁹⁰ oder *Bürgschaften* einzugehen⁹¹.

dd) *Die Gewährleistung einer unparteiischen Verwaltungstätigkeit.* — Es besteht das Postulat einer unparteiischen und unbefange-

⁸⁵ Vgl. Botschaft des BR vom 18. Juli 1924 zum BBtG BBl 1924 III 78/79; Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 775 V.

⁸⁶ Vgl. Ziff. 1, a, S. 205 und die in Ziff. 1 lit. b S. 221 wiedergegebenen Gesetzesbestimmungen.

⁸⁷ Der Beamte ist zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten innerhalb und außerhalb des Dienstes verpflichtet. Vgl. hiezu § 7, I hievor.

⁸⁸ Vgl. § 7, I, 3, c hievor.

⁸⁹ Vgl. Art. 15 Abs. 2 lit. b BBtG; Art. 17 Abs. 2 lit. b BAO; Art. 12 Abs. 4 BtG St. Gallen; § 16 Abs. 3 BtG Aargau; Art. 10 Abs. 2 letzter Satz BtG Genf.

⁹⁰ Vgl. § 10 BtG Zürich; § 20 BtG Basel-Stadt.

⁹¹ Vgl. § 100 BtG Zug.

nen Verwaltungstätigkeit. Es muß deshalb das Bestreben des Gesetzgebers sein, nach Möglichkeit dafür zu sorgen, daß die persönlichen Interessen der mit der Verwaltung betrauten Personen, namentlich also der Beamten, nicht mit den Interessen des Staates in Konflikt geraten. Derartige Interessengegensätze lassen sich freilich nie restlos vermeiden, wenn den Beamten nicht jeder Vermögensbesitz untersagt sein soll, aber sie lassen sich immerhin vermindern⁹². Das geschieht vorab durch Unvereinbarkeitsbestimmungen, die den Beamten die Ausübung von Nebenbeschäftigungen verbieten, welche ihrer Natur nach eine Gefahr für seine *Unparteilichkeit* und *Unbefangenheit* in sich schließen. So wird den Beamten verschiedentlich jede über eine bloß finanzielle Beteiligung hinausgehende *aktive Mitwirkung an einer Erwerbsgesellschaft* untersagt⁹³. Hieher gehören ferner die Unvereinbarkeitsvorschriften, wonach den in der Haushaltung des Beamten lebenden Familiengliedern sogar die Führung eines *alkoholfreien* Gastwirtschaftsbetriebes verboten ist, denn ein solcher Betrieb birgt stets die Gefahr in sich, daß der Beamte als Vorgesetzter die in der Wirtschaft seiner Angehörigen verkehrenden Untergebenen bevorzuge⁹⁴.

b) Beschränkungen im Interesse der Konkurrenzfähigkeit der privaten Erwerbstätigen

Neben den verschiedenartigen Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit der Beamten, die alle durch dienstliche Interessen motiviert sind, stehen die Beschränkungen zum *Schutze der Konkurrenzfähigkeit der privaten, d. h. nicht beamteten Erwerbstätigen*. Die schweizerischen Beamtengesetze zeigen die unverkennbare Tendenz, jeden *Nebenerwerb des Beamten* und jede *Ausübung eines Berufes oder Gewerbes seitens seiner Ehefrau* nach Möglichkeit zu *unterbinden*. Nebenerwerb und Doppelverdienertum des Staatspersonals sind, speziell in Krisenzeiten, verpönt⁹⁵.

⁹² Vgl. Burckhardt, Komm. 727.

⁹³ Vgl. Art. 15 Abs. 3 lit. b BBtG; Art. 17 Abs. 3 BAO; § 21 Abs. 5 in Verbindung mit § 20 BtG Solothurn; Art. 3 Abs. 5 BtG Wallis.

⁹⁴ Vgl. Art. 15 Abs. 2 lit. b BBtG; Art. 17 Abs. 2 lit. b BAO und dazu StenBull NR 1926 S. 303; StenBull StR 1927 S. 18; StenBull NR 1927 S. 308; vgl. auch N 77 hievor.

⁹⁵ Vgl. Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 775 V; Botschaft des BR vom 18. Juli 1924 zum BBtG BBl 1924 III 78/79; vgl. insbes. O. Leingruber, La question des cumuls en Suisse, S. 21 ff.

Der moderne Staat bietet seinen vollamtlich angestellten Beamten eine in allen Teilen *gesicherte wirtschaftliche Existenz*. Die Anstellung erfolgt zwar regelmäßig nur auf eine bestimmte Amtsdauer; die periodische Wiederwahl ist aber durchwegs zu einem festen Prinzip geworden, von dem nicht ohne Not abgewichen wird, sodaß die Anstellung faktisch eine lebenslängliche ist. Der Beamte genießt sodann den Vorteil einer festen und gesicherten Besoldung; überdies ist er in der Regel gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit, Unfall, Invalidität, Alter und Tod versichert ⁹⁶. Weder er selbst noch seine Ehefrau sollen deshalb durch Nebenerwerb und Doppelverdienertum — auf die sie dank der festen und ausreichenden Besoldung nicht angewiesen sind — den privaten Erwerbstätigen Verdienstmöglichkeiten entziehen und sie auf diese Weise in ihrer Konkurrenzfähigkeit beeinträchtigen. Eine derartige Konkurrenzierung der Nichtbeamten, aus deren Steuergelder der Beamte sein sicheres Gehalt empfängt, wird von der Öffentlichkeit mißbilligt ⁹⁷ und ist vielerorts in mehr oder weniger weitgehendem Maße gesetzlich untersagt ⁹⁸.

3. Die Verfassungsmäßigkeit der Beschränkungen

Theorie und Praxis nehmen übereinstimmend an, daß die angeführten Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit der Be-

⁹⁶ Vgl. z. B. Art. 48 BBtG; Art. 63 ff. BAO.

⁹⁷ Gegen Nebenerwerb und Doppelverdienertum der Beamten und ihrer Ehefrauen wurde von Seiten der privaten Erwerbstätigen schon oft Klage erhoben. So ersuchte beispielsweise Ende 1924 der Verband reisender Kaufleute die ständerätliche Kommission zur Beratung des BBtG um Schritte gegen die immer mehr überhand nehmende Konkurrenz eidg. Beamter auf dem Gebiete der provisionsweisen Warenvermittlung (vgl. StenBull StR 1925 S. 105, Votum Baumann). — Zu Beginn der Dreißigerjahre richtete sich eine heftige Kritik gegen die Beamtengattinnen, die Musik- oder Sprachunterricht erteilten, zu Honoraren, die sich unter den normalen Taxen der andern Lehrer hielten, die auf diese Weise einen Teil ihres Verdienstes verloren, auf den sie in der damaligen Krisenzeit ganz besonders angewiesen waren (vgl. O. Leimgruber, La question des cumuls en Suisse S. 22). — Im Jahre 1933 sah sich die Generaldirektion der SBB angesichts der in der Öffentlichkeit erhobenen Klagen über den Nebenerwerb von Staatsangestellten veranlaßt, den ihr unterstellten Beamten in Erinnerung zu rufen, daß jede außerdienstliche Tätigkeit, die dem Handel oder Gewerbe eine Verdienstmöglichkeit entziehe, gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. b BtO II unstatthaft sei; vgl. das allgemeine Zirkular AZ 49/33 der Generaldirektion der SBB vom 5. September 1933 betr. unerlaubte Nebenbeschäftigungen.

⁹⁸ Für Nebenerwerbsverbote vgl. die in Ziff. 1 lit. b S. 221 wiedergegebenen Gesetzesbestimmungen. Für Berufs- bzw. Gewerbeverbote für die Ehefrau des Beamten vgl. z. B. § 29 Abs. 1 BtG Glarus; § 21 Abs. 1 und 2 BtG Solothurn; § 8 Abs. 2 BtG Basel-Land; Art. 11 lit. c BtG Neuenburg.

amten *verfassungsrechtlich zulässig* seien ⁹⁹. Dagegen weichen die für die Verfassungsmäßigkeit gegebenen *Begründungen* zum Teil beträchtlich voneinander ab.

Salis führt aus, die Kantone seien unbedingt befugt, die Ausübung eines bestimmten Gewerbebetriebes mit einer kantonalen oder Gemeindebeamtung unvereinbar zu erklären, sei es, daß man eine dahingehende Vorschrift als eine «organisatorische Bestimmung über die *Bedingungen der Wählbarkeit* der Beamten des Kantons» auffasse, sei es, daß man darin «eine der in Art. 31 lit. e (nunmehr Art. 31 Abs. 2) BV vorbehaltenen *Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerbe*» erblicke, wodurch der Grundsatz der Gewerbefreiheit keineswegs beeinträchtigt werde, selbst wenn diese Unvereinbarkeit auf die mit dem Betroffenen in ungetrennter Haushaltung lebende Ehefrau ausgedehnt werde ¹⁰⁰.

Die von Salis angeführten Begründungen vermögen jedoch *nicht* zu befriedigen. Wären die die Handels- und Gewerbefreiheit berührenden Unvereinbarkeitsvorschriften organisatorische Bestimmungen über die Wählbarkeit der Beamten, so würde der Staat schon die Wahl vom Nichtbetreiben eines bestimmten Berufes oder Gewerbes abhängig machen. Diese würde somit an eine Bedingung geknüpft, die schon in der Person des zu Wählenden erfüllt sein müßte. Das käme aber einer undemokratischen und deshalb unzulässigen Beschränkung des passiven Wahlrechtes gleich, die überdies die Ämterbesetzung außerordentlich erschweren würde ¹⁰¹. Der Auffassung, die beamtenrechtlichen Unvereinbarkeitsvorschriften seien «Bestimmungen über Ausübung von Handel und Gewerbe» im Sinne von Art. 31 Abs. 2 BV kann ebenfalls nicht beigespflichtet werden, denn erstens ist bei der Beurteilung dieser Inkompatibilitäten nicht von der verfassungsrechtlich gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit, sondern vom öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, insbesondere von den Beamtenpflichten auszugehen, und zweitens sind unter Bestimmungen im Sinne von Art. 31 Abs. 2 BV zweifellos nicht beam-

⁹⁹ Vgl. Burrekhardt, Komm. 231; Salis II Nr. 738; Walter Fischler 86 ff.; BRB vom 9. Juni 1882 i. S. Beuz (Salis I. Aufl. Nr. 665, 666); BRB vom 8. Juli 1879 i. S. Caverzasio; BGE 3 S. 184; 12 S. 567; 32 I 250.

¹⁰⁰ Vgl. Salis II Nr. 738.

¹⁰¹ In diesem Sinne insbesondere Walter Fischler 86/87. Daß das Nichtbetreiben eines Gewerbebetriebes keine Wählbarkeitsvoraussetzung darstellt, hat auch das Bundesgericht ausdrücklich anerkannt (BGE 3 S. 184).

¹⁰² Vgl. hiezu insbesondere Walter Fischler 78/88; Fleiner, BSr 381 f.; Fleiner/Giacometti 305; Hans Nef, Handels- und Gewerbefreiheit, schweiz. jur. Kartothek Nr. 616, III, 2.

tenrechtliche Unvereinbarkeitsvorschriften, sondern gewerbepolizeiliche Maßnahmen zu verstehen ¹⁰².

Nach *Burckhardt* liegt darin, daß die Ausübung anderer Berufe mit einem öffentlichen Amte unvereinbar erklärt werde, keine Verletzung der Gewerbefreiheit, denn in der Kompetenz der Kantone zur Regelung ihres Beamtenrechts sei auch die Befugnis mitenthalten, derartige Unvereinbarkeitsbestimmungen aufzustellen, gleichgültig ob die betreffenden Ämter freiwillig besetzt werden oder nicht ¹⁰³.

Mit ähnlich formellen Argumenten haben auch der *Bundesrat* und das *Bundesgericht* die Zulässigkeit von Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit durch beamtenrechtliche Inkompatibilitätsvorschriften bejaht ¹⁰⁴. Der Staat besitzt demnach kraft seiner Kompetenz zur Regelung des Beamtenverhältnisses grundsätzlich auch die Befugnis, seinen Beamten die Ausübung auf Erwerb gerichteter Nebenbeschäftigungen zu untersagen und damit ihre Handels- und Gewerbefreiheit zu beschränken.

Befriedigender als diese vorwiegend formelle Argumentation ist m. E. allerdings eine auf die *Motive* der Unvereinbarkeitsbestimmungen abstellende, mehr *materielle* Betrachtungsweise. Sie führt freilich auch zu einem — wenigstens teilweise — abweichenden Ergebnis.

Die beamtenrechtlichen Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit *im Interesse des Dienstes* sind verfassungsrechtlich ohne weiteres *zulässig*. Die Geltung der gesamten Rechtsordnung und damit auch der Verfassung beruht letzten Endes auf der treuen und gewissenhaften Pflichterfüllung der Beamten ¹⁰⁵. Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit des Beamten oder seiner Angehörigen, die im Interesse dieser Pflichterfüllung nötig sind, können deshalb logischerweise *nicht* verfassungswidrig sein.

Anders verhält es sich hinsichtlich der dem Beamten und seiner Ehefrau ausschließlich *zum Schutze der privaten Erwerbstätigen* auferlegten Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit. Soweit sie jeder Motivation durch dienstliche Interessen entbehren, müssen sie konsequenterweise als *verfassungswidrig* bezeichnet werden.

Zwar hat der Staat unzweifelhaft die Kompetenz zur Regelung des Beamtenverhältnisses. Allein, diese Zuständigkeit steht unter dem Vorbehalt der Freiheitsrechte, deren Adressat gerade auch der Gesetzgeber ist, und es muß die Rechtsordnung des liberalen Staates als

¹⁰³ Vgl. *Burckhardt*, Komm. 231.

¹⁰⁴ Vgl. BBl 1880 II S. 611; 1883 II S. 866; BGE 3 S. 184; 12 S. 567.

¹⁰⁵ Vgl. § 1, III und N 30.

Ganzes und in allen ihren Teilen, mithin auch in ihren beamtenrechtlichen Bestimmungen, eine freiheitliche Ordnung sein ¹⁰⁶. Damit verträgt es sich nicht, daß den Beamten und ihren Ehefrauen in der Erwerbsfreiheit Beschränkungen auferlegt werden, die sich weder aus dem allgemeinen Vorbehalt der öffentlichen Interessen ergeben, wie er für alle Freiheitsrechte gilt ¹⁰⁷, noch zum Schutze der treuen und gewissenhaften Erfüllung der Amtsobliegenheiten und der Stellung des Beamten erforderlich sind. Vorschriften, welche eine Gruppe von Erwerbstätigen in ihrer Konkurrenzfreiheit zugunsten der übrigen einschränken, sind wirtschaftspolitische Maßnahmen, die sich mit dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit, die ja gerade die freie Konkurrenz *aller* ungeschmälert zu gewährleisten bestimmt ist, nicht vereinbaren lassen ¹⁰⁸. Die Verfassungswidrigkeit wird auch nicht etwa dadurch behoben, daß der Betroffene sich diesen Vorschriften durch Eingehung des öffentlichen Dienstverhältnisses freiwillig unterwirft und damit auf die ihm zu Unrecht vorenthaltene Freiheit gewissermaßen verzichtet, denn ein solcher Verzicht ist im Gebiete des öffentlichen Rechts grundsätzlich irrelevant. Die Freiheitsrechte sind eben auch objektives Recht und in diesem Sinne unverzichtbar.

Man mag einwenden, auch den Beamten bleibe das wichtigste Recht, das die Handels- und Gewerbefreiheit gewährleiste, die Freiheit der Berufswahl, unbenommen und außerdem wende der Staat beträchtliche finanzielle Mittel auf, um seinen Dienern eine in jeder Hinsicht gesicherte wirtschaftliche Existenz zu bieten. Es sei deshalb nur recht und billig, daß er als Dienstherr seinen Dienstpflichtigen untersage, die privaten Erwerbstätigen, aus deren Steuergeldern er sie zur Hauptsache besolde, in erheblichem Maße zu konkurrenzieren und ihnen Verdienstmöglichkeiten wegzunehmen, auf die sie dringend angewiesen seien. Allein, diese Argumentation geht darüber hinweg, daß die Verfassung gar nicht die einen Wirtschaftssubjekte vor der Konkurrenz der andern zu schützen bezweckt, sondern gerade die ungeschmälerte Konkurrenzfreiheit *aller* gewährleistet, allerdings nur gegenüber staatlichen Maßnahmen und nicht auch im Verhältnis der Privaten unter sich.

Inwieweit man die Verfassungswidrigkeit der beamtenrechtlichen Erwerbsbeschränkungen zum Schutze der Nichtbeamten unter sol-

¹⁰⁶ Vgl. dazu vorn § 3, IV, insbes. S. 56 und 62.

¹⁰⁷ Vgl. vorn § 3, V S. 70 f.

¹⁰⁸ Vgl. vorn § 11, I S. 200 f.

chen Gesichtspunkten allenfalls rechtfertigen will, ist eine andere, politische Frage. Wo die Motivation durch dienstliche Interessen versagt, kommt man aber — jedenfalls bei rein rechtlicher Betrachtungsweise — nicht umhin, eine Verfassungsverletzung festzustellen.

4. Die Folgen einer Mißachtung der Beschränkungen

Wie ImHof m. E. mit Recht bemerkt, drückt der Begriff der Unvereinbarkeit aus, daß der Beamte, welcher von einer ihm verbotenen Nebenbeschäftigung nicht abläßt, sich der Disziplinarstrafe der *Entlassung* aussetzt. Dagegen besagt er nicht etwa, das Dienstverhältnis gehe von Gesetzes wegen unter, wenn ein Beamter eine untersagte Nebenbeschäftigung betreibt¹⁰⁹.

Zur disziplinarischen Entlassung darf nach der bundesgerichtlichen Rechtssprechung allerdings nicht ohne weiteres geschritten werden. Die vorgesetzte Behörde hat einen Beamten, dessen Nebenbeschäftigung sich mit seiner Beamtung nicht vereinbaren läßt, vielmehr zunächst auf diese Unvereinbarkeit aufmerksam zu machen und zu versuchen, ihn durch Verweis, Versetzung ins Provisorium usw. von seiner Tätigkeit abzuhalten; jedenfalls darf sie den Beamten nicht, ohne einzuschreiten, gewähren lassen und dann plötzlich die Entlassung vornehmen. Unzulässige Nebenbeschäftigungen, um die der Vorgesetzte wußte, ohne den betreffenden Beamten deswegen zur Rede zu stellen, können nicht nachträglich als Entlassungsgrund geltend gemacht werden, da der Beamte annehmen durfte, der Vorgesetzte dulde die an sich unerlaubte Nebenbeschäftigung¹¹⁰.

Disziplinarisch strafbar ist auch der Beamte, der *beim Antritt seines Amtes* das von ihm bisher betriebene Gewerbe fortsetzt oder seinen bisherigen Beruf weiter ausübt; ebenso derjenige, welcher sein *Amt überhaupt nicht antritt*, weil er es vorzieht, seine bisherige Tätigkeit weiterzuführen. In diesem letzteren Falle liegt die Pflichtwidrigkeit allerdings nicht in der Ausübung einer unzulässigen Nebenbeschäftigung, sondern darin, daß der Beamte seine Amtstätigkeit gar nicht aufnimmt. Die Annahme Eschers¹¹¹, daß die Anstellung

¹⁰⁹ Vgl. ImHof 314 a/315 a; vgl. auch das allgemeine Zirkular AZ 49/33 der Generaldirektion der SBB vom 5. September 1933, wo ausdrücklich festgestellt wird, wer eine Unvereinbarkeitsbestimmung mißachte, mache sich einer Dienstpflichtverletzung schuldig und habe strenge Ahndung zu gewärtigen.

¹¹⁰ Vgl. BGE 74 I 90/91 und BGE vom 7. Dezember 1949 i. S. Dr. H. Ammann, Erw. 7, vollständig veröffentlicht im Bericht Ammann, Anhang I S. 50.

¹¹¹ Vgl. Hans Escher 50.

dahinfalle, wenn der Gewählte seine bisher ausgeübte Tätigkeit nicht aufgebe, erscheint nicht als haltbar. Es bedarf vielmehr auch in diesem Falle einer Entlassung. Dabei kann aber darauf verzichtet werden, ein eigentliches Disziplinarverfahren durchzuführen, sofern die Einvernahme des Fehlbaren ergibt, daß er mit der Aufhebung des Dienstverhältnisses einverstanden ist ¹¹².

Nach dem früheren Bundesstrafrecht vom Jahre 1853 war die Ausübung eines beamtenrechtlich für unvereinbar erklärten Berufes sogar ein strafrechtlich zu ahndendes *Amtsdelikt* ¹¹³. Das zeigt deutlich, welche Bedeutung den Unvereinbarkeitsbestimmungen beizumessen ist. Das schweizerische StGB von 1937, in Kraft seit 1. Januar 1942, hat diesen Sondertatbestand des früheren Rechts allerdings nicht übernommen, sodaß die Unvereinbarkeitsvorschriften heute ausschließlich *disziplinarisch* sanktioniert sind.

¹¹² Vgl. ImHof 315a N 72.

¹¹³ Vgl. Art. 53 lit. b des BG vom 4. Februar 1853 über das Bundesstrafrecht der Schweiz. Eidgenossenschaft: «Ein Beamter oder Angestellter des Bundes, welcher einen Beruf ausübt oder durch andere für sich ausüben läßt, der durch ein Gesetz oder eine Verordnung mit seinem Amte oder seiner Anstellung für unvereinbar erklärt worden ist, ist zu einer Geldbuße zu verurteilen.»

2. Kapitel

Die Freiheit wirtschaftlicher Vereinigung

§ 12. Vorbemerkungen: Aktualität und Bedeutung des Problems

Die Frage, ob auch den Beamten die wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit, die sog. Koalitionsfreiheit, und mit ihr das sog. «Streikrecht» als Mittel zur Durchsetzung ihrer Interessen zustehe, ist — wenigstens international gesehen — zweifellos die bei weitem aktuellste und im Hinblick auf die schweren Folgen eines Beamtenstreiks auch die praktisch wichtigste Frage, die sich im Zusammenhang mit dem Problem der beamtenrechtlichen Freiheitsbeschränkungen stellt.

Während es in der Schweiz seit den Nachkriegsjahren 1918/19 nie mehr zu Beamtenstreiks kam ¹, verging in der Zeit nach dem zweiten Weltkrieg kaum ein Monat, ohne daß die Zeitungen von *ausländischen* Streikbewegungen zu berichten wußten, an denen auch Beamte teilnahmen, um auf diese Weise ihren politischen, meist aber überwiegend wirtschaftlichen Forderungen Nachdruck zu verleihen.

Um die Aktualität des Problems vor Augen zu führen, seien hier ganz wahllos einige Beispiele aus jüngerer Zeit angeführt. In *Frankreich* streikten z. B. im Frühsommer 1947 die Eisenbahner und legten

¹ Zu Beamtenstreiks kam es in der Schweiz m. W. erstmals anlässlich des Generalstreiks vom 11. bis 14. November 1918. Die Arbeitseinstellung begann am 11. November in Zürich als Protest gegen die vom Bundesrat auf Ersuchen der Zürcher Regierung aufgebottenen Truppen und dehnte sich am darauffolgenden Tag auf das ganze Land aus. Von den *eidgenössischen* Beamten streikte die Mehrheit der Eisenbahner, sodaß der Bahnverkehr zeitweise eingestellt werden mußte. Dagegen beteiligten sich von den rund 17 500 Postbeamten nur ca. 1350 Mann am Streik. *Kantonale* Beamte traten nur in Zürich, Bern und Solothurn in den Ausstand. — Zu einem weiteren Beamtenstreik kam es anlässlich des Basler-Generalstreiks vom Jahre 1919, als kantonale Beamte während neun Tagen die Arbeit niederlegten. — Auf Einzelheiten wird hier, in Anbetracht der eingehenden Darstellungen, welche die genannten Beamtenstreiks schon erfahren haben, nicht eingetreten. Vgl. diesbezüglich Arthur Studhalter 14, 41 N 1, und 47 ff.; André Grisel 97 ff.

dabei den Eisenbahnverkehr während mehrerer Tage fast vollständig lahm. Anfangs Mai 1949 traten die Beamten des Verwaltungsdienstes der Präfekturen des Seine-Departementes und der Polizei, der Bürgermeisterämter und der Stadtbank, einer Streikparole des «Allgemeinen Gewerkschaftsbundes» und des «Christlichen Gewerkschaftsbundes» Folge leistend, für die Dauer von 24 Stunden in den Ausstand ², und im November des gleichen Jahres drohten sogar die Mitglieder des obersten Gerichtshofes damit, in den Streik zu treten, falls ihre Gerichtsräume nicht geheizt würden ³. In *Griechenland* kehrten Ende Mai 1949 30 000 Staatsangestellte der öffentlichen Betriebe, die wegen Gehaltsforderungen eine Woche lang gestreikt hatten, an ihre Arbeitsplätze zurück, nachdem die Regierung ihren Begehren zum Teil entsprochen hatte ⁴. In *Italien* lösten Mitte Dezember 1949 die Arbeiter der öffentlichen Dienste, die Lehrer, das Spitalpersonal, die Straßenarbeiter und die Feuerwehrleute einen 24stündigen Beamtenstreik aus, weil die Regierung erklärt hatte, keine Lohnerhöhungen zubilligen zu können ⁵. Zur selben Zeit kam es in *England* zu einem Streik des Personals der Londoner Elektrizitätswerke, wobei die Stromversorgung der Stadt so ernsthaft bedroht wurde, daß in den Krankenhäusern zum Teil Operationen bei Kerzenlicht vorgenommen werden mußten ⁶.

Diese Beispiele aus der Gegenwart seien lediglich kuriositätshalber durch einen Hinweis auf den bedeutsamsten der aus früheren Zeiten bekannten Beamtenstreiks ergänzt. Nachdem das alte *Reichskammergericht* von Speyer nach Wetzlar umgezogen war und hier seinen dauernden Sitz gefunden hatte, erbat das Kollegium «Erhöhung der Gehalte wegen der erheblichen Verteuerung des Lebens und zur Ausgleichung des durch den Umzug von Speyer nach Wetzlar verursachten Schadens». Obwohl man die Not der Richter eindringlich darlegte, geschah nichts für sie. So entstand eine Erbitterung, die schließlich so weit gedieh, daß die Richter im April 1704 die Arbeit einstellten und das Reich einem Streik des obersten Gerichtshofes aussetzten. Die Arbeitseinstellung der Beamten des Reichskammergerichtes dauerte bis zum Dezember 1713 ⁷.

² Vgl. NZZ Nr. 902 vom 4. Mai 1949.

³ Vgl. Aargauer Tagblatt vom 7. November 1949.

⁴ Vgl. NZZ Nr. 1114 vom 31. Mai 1949.

⁵ Vgl. NZZ Nr. 2639 vom 15. Dezember 1949.

⁶ Vgl. NZZ Nr. 2633 vom 14. Dezember 1949.

⁷ Vgl. W. Endemann, Von dem alten Reichskammergericht, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. XVIII S. 215 ff., zit. bei Arthur Studhalter 10 N 1.

Welche Bedeutung das Problem schon seit langem und in der Gegenwart wieder vermehrt besitzt, geht schließlich auch daraus hervor, daß sich die *internationale Arbeitsorganisation* eigentlich seit ihrem Bestehen eingehend mit der Frage der Koalitionsfreiheit und des «Streikrechts» im allgemeinen und hinsichtlich der Beamten im speziellen befaßt⁸. So stand auch auf der Tagesordnung für die 32. Session der internationalen Arbeitskonferenz vom Juni 1949 neuerdings die Frage der Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechtes zu kollektiven Abmachungen⁹.

In der *Schweiz* kam es, wie bemerkt, seit 1918/19 nie mehr zu Beamtenstreiks. Dagegen offenbarte sich anläßlich der parlamentarischen Beratung des Bundesbeamtengesetzes in der Diskussion über die Koalitionsfreiheit und deren Beschränkung durch das Streikverbot für die Beamten eine derartige «Verwirrung der Geister»¹⁰, daß es auch heute nicht müßig erscheint, die absolut klare und eindeutige Rechtslage in ihren Grundzügen kurz darzulegen. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als anfangs 1948, offenbar unter dem Eindruck der Vorgänge im Ausland, auch in der Schweiz die Diskussion über das sog. «Streikrecht» der Beamten — wenn auch nur vorübergehend — neuerdings aufflackerte¹¹.

⁸ Vgl. die überaus aufschlußreichen, umfassenden und auf alle dem internationalen Arbeitsamt angeschlossenen Staaten ausgedehnten Studien, Etudes et documents, La Liberté syndicale, 5 Bde., Genf 1927/1930 (vollständiges Zitat siehe Literaturverzeichnis); ferner die folgenden neuesten Berichte:

1. zur 30. Tagung der internat. Arbeitskonferenz 1947 in Genf, Rapport VII, Liberté d'associations et relations industrielles, Genf 1947, bes. S. 13 ff., 111 ff.;
2. zur 31. Tagung der internat. Arbeitskonferenz 1948 in San Francisco, Rapport VIII (1), Relations industrielles, Genf 1947, bes. 119 ff. über «Grèves et lock-outs dans les services publics et les entreprises d'utilité publique», und Rapport VIII (2), Relations industrielles, Genf 1948.

Vgl. hiezu auch H. P. Tschudi, Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, ZSR NF 67 (1948) S. 358 ff.

⁹ Vgl. NZZ Nr. 922 vom 6. Mai 1949.

¹⁰ Vgl. StenBull StR 1925 S. 97 ff., 113 ff., 241 ff.; StenBull NR 1926 S. 204, 232 f., 259 ff., 281 ff., 485 ff., 533 ff. Vgl. auch die Zusammenfassung der verschiedenen Voten bei André Grisel 35 ff., Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 776 II und III.

¹¹ Vgl. NZZ Nr. 71 vom 12. Januar 1948 und NZZ Nr. 368 vom 20. Februar 1948.

§ 13. Das Streikverbot

I. Der Streik im allgemeinen

1. Der Begriff des Streiks

Der Streik wird etwa umschrieben als die «gemeinsame und freiwillige Einstellung der Arbeit seitens mehrerer erwerbstätiger Personen zum Zwecke, wirtschaftliche oder politische Forderungen für sich oder andere durchzusetzen»¹. Allein, das ist keine juristische Definition. *Rechtlich gesehen* — und nur unter diesem Gesichtspunkt kann das Problem hier überhaupt betrachtet werden — erscheint der Streik als die *gemeinsame Weigerung mehrerer Dienstpflichtiger, ihre durch Eingehung eines privat-rechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses begründete Dienstpflicht zu erfüllen*². Damit ist im Grunde genommen schon alles gesagt: der Streik ist — per definitionem — eine *Verletzung* der vom Dienstpflichtigen übernommenen Dienstpflicht, sei diese nun privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur³.

Die Widerrechtlichkeit des Streiks ergibt sich für die privaten Dienstpflichtigen aus den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Vertragserfüllung (Art. 68 ff. OR). Für die Beamten folgt sie aus den positiv-rechtlichen Vorschriften über die *Amtspflicht* und — soweit solche vorhanden sind — überdies aus den ausdrücklichen Streikverboten der Beamtengesetze^{4 5}.

¹ So z. B. Arthur Studhalter 15 und mit ihm Walter Fischler 141.

² Ähnlich André Grisel 33; Hans Müller 50.

³ Das wird mit aller Deutlichkeit z. B. in Art. 14 BtG Bern ausgesprochen: «Die Teilnahme eines Beamten an einer Arbeitseinstellung gilt als Dienstpflichtverletzung.» Ähnlich Art. 3 Abs. 4 BtG Wallis. Für das *Privatrecht* vgl. Oser/Schönenberger, Komm. zu Art. 322 OR N 53 und 68, zu Art. 352 OR N 19. Vgl. auch BIT, Etudes et documents I 88: «De manière générale ... on peut dire qu'un travailleur qui fait grève sans s'être conformé au délai de dénonciation ou sans avoir prévenu son employeur de la manière requise, est considéré, dans la plupart des pays, comme coupable de rupture du contrat.» In diesem Sinne auch BGE 45 II 557.

⁴ Ausdrückliche Streikverbote finden sich nur in 7 von insgesamt 26 Beamtengesetzen. Vgl. Art. 23 BBtG; Art. 14 BtG Bern; § 13 BtG Luzern; Art. 12 lit. c BtG Freiburg; Art. 25 BtG Graubünden; Art. 3 Abs. 4 BtG Wallis; Art. 29 Abs. 1 Satz 2 BtG Neuenburg.

⁵ Der Beamtenstreik ist ausdrücklich oder stillschweigend in *allen* Staaten untersagt. So stellt das BIT (Etudes et documents I S. 79), gestützt auf seine umfassenden Untersuchungen in sämtlichen Mitgliedstaaten fest: «Dans le cas des fonctionnaires publics l'interdiction de la grève est pour ainsi dire générale»; vgl. auch BIT Rapport VII S. 47 f., Rapport VIII (1) S. 119 ff.

Kein Streik im umschriebenen Sinne ist die gemeinsame und unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen erfolgende Auflösung des Dienstverhältnisses seitens mehrerer Dienstpflichtiger. Das ist der sog. «Aufkündigungsstreik»⁶. Er erscheint als rechtlich erlaubtes Mittel der Arbeitnehmer im Kampf um ihre Interessen. Das Außerordentliche liegt, wie Studhalter (S. 17) richtig bemerkt, darin, daß dieses rechtlich zulässige, systematische, komplottmäßige Aufkündigen der Arbeit wirtschaftlich genau die gleichen Auswirkungen zeitigt wie der eigentliche, d. h. der widerrechtliche Streik⁷.

Der Streik dient als Mittel zur Verfolgung verschiedenster Zwecke. Immerhin läßt sich feststellen, daß im allgemeinen durchwegs eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen angestrebt wird, sei es in Form höherer Löhne, kürzerer Arbeitszeit, längerer Ferien oder sonstwie. Es handelt sich also meist um *vorwiegend wirtschaftliche Zwecke* und nicht in erster Linie um solche mehr politischer Natur⁸.

2. Die Rechtsfolgen des Streiks

Der *private* Dienstpflichtige, der ohne Einhaltung der Kündigungsfrist an einem Streik teilnimmt, verletzt seine vertraglichen Pflichten und hat demgemäß nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 97 ff. OR) wegen Nichterfüllung des Vertrages Schadenersatz zu leisten; und zwar ist er ersatzpflichtig für

⁶ Vgl. hiezu A. Studhalter 17, 25, 29 und 41 ff.

⁷ In dieser besonderen Art des Streiks zeigt sich seine ganze Problematik, soweit sie juristisch überhaupt faßbar ist. Der Streik ist eben eine wirtschaftliche Kampfmaßnahme und weist als solche eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Krieg auf; er ist weniger eine Rechts- als eine Machtfrage (vgl. hiezu den Artikel «Die Streikverpflichtung», NZZ Nr. 2794 vom 28. Dezember 1948 Bl. 7). *Rechtlich* kann er als kollektive Verletzung der Dienstpflicht, ebenso gut aber als kollektive Ausübung des Kündigungsrechts erscheinen. Dabei ist zu beachten, daß die Dienstpflichtigen im Falle eines Aufkündigungsstreiks ihre Kündigung gar nicht ernst meinen, indem sie damit nicht die Auflösung des Dienstverhältnisses, sondern ganz im Gegenteil dessen Fortsetzung bezwecken, freilich unter günstigeren Arbeitsbedingungen. Inwieweit man deswegen von Rechtsmißbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB sprechen kann, mag dahingestellt bleiben und ließe sich ohnehin nur im konkreten Fall beurteilen. — Der Streik kann außerdem auch eine gewisse faktische Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers darstellen, indem dieser sich unter Umständen gezwungen sehen wird, vertragliche Verpflichtungen einzugehen, die er ohne Streik nicht eingehen würde.

⁸ Vgl. dazu auch A. Studhalter 16; André Grisel 34; Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1952 S. 367, Tabelle «Streiks und Aussperrungen nach hauptsächlichem Streitgegenstand seit 1931».

den aus der Nichterfüllung seiner Dienstpflicht entstandenen Schaden (positives Vertragsinteresse, Art. 107 II OR), wenn der Vertrag aufrecht erhalten wird, und für den aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenden Schaden (negatives Vertragsinteresse, Art. 109 II OR), wenn der Arbeitgeber vom Vertrag zurücktritt.

Der *Beamte*, der vor der rechtskräftigen Auflösung seines Dienstverhältnisses in den Streik tritt, verletzt damit schuldhafterweise seine *Pflicht zur Dienstleistung* und seine *Treuepflicht* und macht sich überdies der Übertretung eines ausdrücklichen Streikverbotes schuldig, sofern das betreffende Beamtengesetz ein solches enthält. Für diese Amtspflichtverletzung ist er *vermögensrechtlich* haftbar, d. h. er hat grundsätzlich wie der private Dienstpflichtige für den verursachten Schaden in vollem Umfange Ersatz zu leisten⁹. Darüber hinaus ist er aber, im Gegensatz zum privatrechtlich Angestellten, auch *disziplinarisch* verantwortlich, d. h. die durch die Arbeitsniederlegung begangene Dienstpflichtverletzung hat prinzipiell disziplinarische Bestrafung, im äußersten Falle also die Entlassung des Beamten zur Folge¹⁰. Dagegen kann der Beamte wegen Teilnahme an

⁹ Vgl. insbes. Hans Müller 55 und N 1 daselbst; A. Studhalter 60 ff. — Auf Einzelheiten der vermögensrechtlichen Haftung des Beamten gegenüber dem Staat und gegenüber Dritten kann hier nicht eingetreten werden. Vgl. z. B. für das *Bundesrecht*: Art. 29 BBtG und Art. 2, 4 und 7 des BG vom 9. Dezember 1850 über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten (BS 1, 462 ff.), Fleiner/Giacometti 694 ff.; für das *zugerische Recht*: §§ 1 ff. des G vom 29. Dez. 1931 über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten und deren Abberufung, Viktor Schaller 80 ff.; für das *luzernische Recht*: §§ 34 ff. BtG, dazu die regierungsrätliche Botschaft vom 20. November 1946 S. 10 ff., 19 ff.; für das *bernische Recht*: Art. 38 ff. BtG.

¹⁰ Den Beamten, welche am *Generalstreik von 1918* teilgenommen hatten, wurden aus politischen Gründen im allgemeinen *keine Strafen* auferlegt. Dagegen rechnete man ihnen die Streiktage teilweise als Ruhetage an oder zog ihnen einen entsprechenden Betrag vom Lohn ab. Die *Basler* Beamten, die am Generalstreik von 1919 teilgenommen hatten, wurden gemäß §§ 7 ff. des G vom 8. Juli 1909 über die Dienstverhältnisse und Besoldungen der Beamten, Angestellten und Arbeiter des Kt. Basel-Stadt mit Bußen von Fr. 2.— bis Fr. 80.— bestraft und mußten für die Streiktage auf ihren Lohn verzichten; ähnlich wurden die *solothurnischen* Beamten, die am Generalstreik von 1918 teilgenommen hatten, nach § 23 des BtG vom 27. Nov. 1904 mit «Ordnungsbußen» von Fr. 20.— bis Fr. 150.— bestraft. — Vgl. dazu A. Studhalter 14 und 47 f.; André Grisel 98 f. — Die tatsächliche Unmöglichkeit, im Falle eines bedeutenden Ausstandes alle Teilnehmer zu entlassen, ändert an der Widerrechtlichkeit des Streikes nichts und hindert insbes. nicht, wenigstens einen Teil der Streikenden zu entlassen, wobei man die Leute mit den schlechtesten Führungszeugnissen oder die bei der Streikleitung beteiligten oder auch die jüngsten, denen das Aufsuchen anderer Arbeitsstellen am leichtesten fallen wird, herausgreifen kann. So insbes. Hans Müller 50 f.

einem Streik *nicht* auch noch *strafrechtlich* zur Verantwortung gezogen werden, denn der Beamtenstreik ist als solcher, obwohl er unzweifelhaft eine schwere Amtspflichtverletzung darstellt, nach schweizerischem Recht nicht mit krimineller Strafe bedroht ¹¹.

3. Das sog. «Streikrecht»

Der Streik im umschriebenen Sinne bedeutet, wie dargelegt, stets eine Verletzung der Dienstpflicht und ist daher *widerrechtlich*. Es erscheint deshalb als eine *contradictio in adjecto*, von einem sog. «Streikrecht» zu sprechen. Das geschieht aber trotzdem immer und immer wieder, gerade auch im Zusammenhang mit den Beamten ¹². Verschiedentlich erscheint das «Streikrecht» als «Ausfluß allgemeiner

¹¹ Als eigentliche, d. h. kriminelle Amtsdelikte kommen heute nach dem Grundsatz «nulla poena sine lege» nur noch die Tatbestände der Art. 312 ff. StGB in Frage. — Umstritten ist die Frage, ob ein Streik des Dienstpersonals unter Art. 239 StGB, «Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen», falle (vgl. dazu Hafer, schweiz. Strafrecht, bes. Teil 2. Hälfte 536 und die in N 3 und 4 daselbst zit. Lit.). Das wird z. B. von A. Studhalter 56 bejaht. — Unter der Herrschaft des alten Rechts konnte der streikende Bundesbeamte gemäß Art. 53 lit. f und 57 des BG vom 4. Februar 1853 über das Bundesstrafrecht der schweiz. Eidgen. mit Geldbuße bis zu Fr. 10 000.— (Art. 2 leg. cit.) bestraft werden, allerdings nicht ausdrücklich wegen Teilnahme am Streik, sondern wegen absichtlicher Verletzung der Amtspflicht (Art. 53 lit. f) bzw. wegen Schadensstiftung durch Vernachlässigung seiner Geschäfte oder wegen Verursachung einer bedeutenden Störung im betreffenden Dienstzweig (Art. 57). — Anlässlich des Generalstreiks vom Jahre 1918 erließ der Bundesrat auf Grund seiner außerordentlichen Vollmachten eine VO, die in Art. 2 bestimmte, daß Beamte, die an einer Arbeitseinstellung teilnehmen sollten, mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Buße bis zu Fr. 1000.— bestraft werden konnten (vgl. VO vom 11. Nov. 1918 betr. Maßnahmen gegen die Gefährdung und Störung der innern Sicherheit der Eidgen., AS 34, 1161, später aufgehoben durch VO vom 10. Nov. 1922, AS 38, 570). Ähnliche Strafbestimmungen sah das *freiburgische G vom 17. Februar 1923*, eine Novelle zum kantonalen Strafgesetzbuch, vor (vgl. dazu A. Babel, BIT, Etudes et documents II 406 f.). — Eine ausdrückliche Strafbestimmung gegen die gemeinsame Arbeitsniederlegung des Bundespersonals hätte die in der Volksabstimmung vom 24. Sept. 1922 verworfene sog. *Lex Häberlin*, eine Novelle zum Bundesstrafrecht, welche u. a. die vorgenannte VO des Bundesrates ersetzen sollte, gebracht (vgl. die betreffende Botschaft des BR an die Bvers, BBl 1921 II 253). — Über *ausländische* Strafbestimmungen gegen Beamtenstreiks vgl. A. Studhalter 52 ff. und 57; siehe ferner BIT, Rapport VII S. 47 f., Rapport VIII (1) S. 119 ff.

¹² Vgl. Serge Bonhôte 224, insbes. 261 f.; vor allem aber die verschiedenen Voten anlässlich der parlamentarischen Beratung des BBtG, zit. in § 12 N 10 hievor.

Menschenrechte»¹³; und auch schon wurde es sogar verfassungsrechtlich verankert ¹⁴.

Demgegenüber muß mit allem Nachdruck betont werden, daß es ein Streikrecht im Sinne eines Rechtes des Dienstpflichtigen, *vor* der rechtsgültigen Auflösung des Dienstverhältnisses in den Streik zu treten, schlechterdings nicht geben kann, es sei denn, das positive Recht sähe ein solches Recht ausdrücklich vor ¹⁵. Unter diesem Vorbehalt kann von einem Streikrecht vernünftigerweise nur dann gesprochen werden, wenn man damit ausdrücken will, der Streik sei als solcher nicht mit krimineller Strafe bedroht, oder wenn man unter Streik ausschließlich die Arbeitseinstellung *nach* erfolgter Auflösung des Dienstverhältnisses («Aufkündigungsstreik») versteht. In diesem letzteren Falle bedeutet aber das sog. «Streikrecht» nichts anderes als das Recht zu kollektiver Auflösung des Dienstverhältnisses.

II. Der Beamtenstreik im besonderen ¹⁶

Im Hinblick auf die Frage der Koalitionsfreiheit der Beamten und deren Beschränkung durch das Streikverbot erscheint es in Anbetracht der Lückenhaftigkeit vieler kantonaler Beamtengesetze ¹⁷ angezeigt, die rechtliche Natur des Beamtenstreiks noch näher zu erörtern.

1. Der Beamtenstreik als Amtspflichtverletzung

Der Beamte, der vor der Auflösung seines Dienstverhältnisses in den Streik tritt, begeht eine *Amtspflichtverletzung*. Er verstößt gegen seine *Pflicht zur Dienstleistung* und gegen die *Treuepflicht*, beides Pflichten, die mit dem Begriff des Beamten untrennbar verbunden sind.

¹³ Vgl. A. Studhalter 18; Artikel «Die Streikverpflichtung», NZZ Nr. 2794 vom 28. Dezember 1948.

¹⁴ Vgl. Par. 18 Abs. 3 der Verfassung der Republik Estland vom 15. Juni 1920: «Freedom to strike is guaranteed in Esthonia» (so zit. bei F. Ruffini, *Diritti di libertà* 182). Dies ist m. W. die einzige verfassungsrechtliche Garantie des «Streikrechts».

¹⁵ Vgl. N 14 hievor; eine solche Rechtsordnung muß allerdings mit dem Satz *pacta sunt servanda* und daher mit sich selbst in Widerspruch geraten.

¹⁶ Vgl. insbes. A. Studhalter, *Der Beamtenstreik nach schweiz. Recht*; Michel Cérésolle, *La Question des grèves de fonctionnaires en droit public français*, Diss. Lausanne 1925; Ernst Schürch, *Staatspersonal und Staat*, Jahrbuch der NHG «Die Schweiz» 1933 S. 43 ff.; Max Kilchenmann, S. 107 ff.

¹⁷ Vgl. hiezu vorn § 2, I, 4.

Die Beamten sind — per definitionem — kraft eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsaktes verpflichtet, dem Staate Dienste zu leisten und unterstehen dabei seiner Befehls- und Disziplinalgewalt¹⁸. Sie sind Staatsdiener, d. h. Staatsorgane im weiteren Sinne des Wortes¹⁹ und verkörpern als solche den Staat. Aus ihrer Organstellung ergibt sich für alle Beamten die generelle Pflicht, die Interessen des Staates zu wahren, sie nach Kräften zu fördern und alles zu unterlassen, was sie — wie beispielsweise ein Streik — beeinträchtigen könnte; das ist die *Treuepflicht*²⁰.

Aus der Bekleidung eines bestimmten Amtes folgt für dessen Inhaber die spezielle Pflicht, alle Obliegenheiten dieses Amtes vorschrifts- und weisungsgemäß zu erfüllen und — was sich daraus in negativer Hinsicht ohne weiteres ergibt — alles zu unterlassen, was diese Amtstätigkeit störend zu beeinflussen vermöchte, u. a. also nicht etwa zu streiken. Das ist die *Pflicht zur Dienstleistung*, die eigentliche Dienstpflicht.

Die genannten beiden Pflichten, die Treuepflicht als Ausfluß der Organstellung und die durch das betreffende Amt inhaltlich näher bestimmte Dienstpflicht sind die obersten Amtspflichten der Beamten. Sie finden ihre nähere Ausgestaltung, ihre Positivierung in den Vorschriften der Beamtengesetze, die — oft lediglich aus Gründen der Rechtssicherheit — je nach der Richtung, aus welcher der Gesetzgeber eine Gefährdung für die Erfüllung jener Grundpflichten befürchtete, eine ganze Reihe vielfach selbstverständlich erscheinender Einzelpflichten zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen, so u. a. auch Streikverbote²¹, statuieren²². Dienstpflicht und Treuepflicht bestehen aber auch dann, wenn sie in den Beamtengesetzen gar nicht in Gestalt bestimmter Einzelpflichten normiert sind oder überhaupt keine ausdrückliche Erwähnung finden, denn sie sind dem Begriff des Beamten *inhärent*²³. Es gibt eben «kein Amt ohne Amtspflicht», d. h. keinen Beamten, der nicht verpflichtet wäre, die Obliegenheiten

¹⁸ Vgl. vorn § 2, III, insbes. S. 37.

¹⁹ Über den Organbegriff vgl. vorn § 2, III, 1, und N 57—61 daselbst.

²⁰ Daß die Treuepflicht aus der Organstellung und nicht daraus folgt, daß der Staat für seine Beamten «auf eine andere Weise sorgt als für alle andern Bürger», wie ImHof 284a behauptet, geht schon daraus hervor, daß es Ehrenbeamte gibt, die für ihre Dienste keine Besoldung erhalten, deswegen aber nicht weniger zur Treue verpflichtet sind. Vgl. dazu auch vorn § 6 I und N 4 daselbst.

²¹ Siehe N 4 hievor.

²² Vgl. hiezu Burckhardt, Methode 221.

²³ So insbes. ImHof 294a und 301a; siehe auch vorn § 2 III 2, insbes. S. 41 f. und § 6 I S. 103.

seines Amtes normgemäß zu erfüllen und darüber hinaus, ganz allgemein, bei jeder Gelegenheit in und außer Dienst die Interessen des Staates wahrzunehmen und insbesondere alles zu unterlassen, was ihnen zuwiderläuft.

Aus dem Vorstehenden folgt, daß der Beamtenstreik auch dann unzulässig ist, wenn das betreffende Beamtengesetz weder ein ausdrückliches Streikverbot enthält noch überhaupt einzelne Beamtenpflichten normiert, denn der Streik ist eine «Negation der Organstellung des Beamten und der Treue zum Staat»²⁴ und überdies eine Verletzung der Pflicht zur Dienstleistung. Der Streik ist deshalb mit dem Begriff des Beamten schlechthin unvereinbar²⁵.

2. Der Beamtenstreik als Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten²⁶

Der Streik stellt juristisch betrachtet, wie schon mehrmals bemerkt, stets eine Verletzung der Dienstpflicht dar. Dabei ist es für die rechtliche Natur des Streiks nicht gleichgültig, ob diese Pflicht privatrechtlicher oder aber, wie im Falle des Beamten, öffentlich-rechtlicher Natur ist. Das zeigt sich schon darin, daß der streikende Beamte nicht nur wie der streikende Private schadenersatzpflichtig wird, sondern sich darüber hinaus auch noch disziplinarisch zu verantworten hat. Die öffentlich-rechtliche Natur der vom streikenden Beamten verletzten Pflicht ist aber, wie im folgenden zu zeigen sein wird, noch in anderer Hinsicht von Bedeutung.

Das *privatrechtliche Dienstverhältnis* ist dadurch gekennzeichnet, daß sich zwei Privatrechtssubjekte als gleichgestellte Vertragsparteien gegenüberstehen: der Dienstpflichtige und der Dienstherr. Der erste ist dem zweiten zur Leistung von Diensten verpflichtet und dieser jenem zur Entrichtung eines Lohnes (Art. 319 I OR). Dabei ent-

²⁴ Vgl. Fleiner/Giacometti 674; Botschaft des Bundesrates vom 18. Juli 1924 zum BBtG, BBl 1924 III 97.

²⁵ Mit Recht bemerkt deshalb Hermann Fisch, Das Beamtenverhältnis in der thurg. Zentralverwaltung 79, ein Streikverbot habe sich nie als nötig erwiesen und sein Fehlen werde auch in Zukunft nicht als Mangel empfunden werden können, und zwar nicht deshalb, weil nach der traditionellen Zusammensetzung der kantonalen Beamtenschaft mit Anwendungsfällen für eine solche Vorschrift nicht gerechnet werden müsse, sondern grundsätzlich darum, weil die den Beamten allgemein verpflichtende Amtspflicht ihm einen Streik ohne weiteres verbiete. — Vgl. auch Richard Ernst, Die Vereins- und Versammlungsfreiheit der Beamten, Diss. Tübingen 1930, S. 17 f. und 45 f. für das damalige deutsche Recht; Michel Cérésolle insbes. S. 105 für das französische Recht.

²⁶ Über die öffentlich-rechtliche Natur des Beamtenverhältnisses vgl. vorn § 1, II und § 2, III, 2, b.

spricht der Pflicht des einen notwendigerweise immer ein subjektives Recht des andern: der Dienstpflicht ein Recht auf Dienstleistung, der Lohnschuld eine Lohnforderung. Beide, Dienstherr und Dienstpflichtiger, erscheinen einerseits als Verpflichtete, als Schuldner, andererseits als Berechtigte, als Gläubiger. Dieses gegenseitige Verhältnis von Pflicht und subjektiver Berechtigung hat zur Folge, daß die Pflicht des einen immer nur besteht, soweit der andere sein subjektives Recht geltend macht, Erfüllung verlangt, und dementsprechend im Extremfall, d. h. wenn der Berechtigte auf sein Recht verzichtet, ganz entfällt.

Ganz anders verhält es sich beim *öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis*. Hier stehen sich nicht zwei einander gleichgeordnete Vertragsparteien gegenüber, sondern der Staat als *potentior persona*, ausgerüstet mit Herrschaftsgewalt in Form von Befehls- und Disziplinargewalt, und der Beamte. Dieser ist zwar, wie der Private, zur Leistung von Diensten verpflichtet, und ebenso hat ihm der Staat, wenigstens im Normalfall, wie ein privater Dienstherr eine Besoldung auszurichten. Aber es fehlt an einem gegenseitigen Verhältnis von Pflicht und subjektiver Berechtigung, und das ist hier das Entscheidende. Die Dienstpflicht des Beamten ist *keine relative*, d. h. der Beamte ist nicht, wie ein Privater, einer andern Person gegenüber und nur, soweit dieselbe nach Belieben Erfüllung verlangt, zur Leistung von Diensten verpflichtet, sondern *schlechthin, unabhängig von der Willkür eines andern*. Das rührt davon her, daß ihm niemand gegenüber steht, der als Berechtigter im eigentlichen Sinne angesehen werden könnte. Man kann zwar in gewissem Sinne den Staat als Berechtigten, als Gläubiger bezeichnen, insofern nämlich, als er, d. h. die zuständige Staatsbehörde, legitimiert ist, die Erfüllung der Pflicht zu verlangen. Der Staat ist aber — wenigstens im Bereich des öffentlichen Rechts — nie im gleichen Sinne Gläubiger wie der Private Gläubiger einer zivilrechtlichen Forderung ist, denn er kann nicht beliebig über die Pflicht verfügen und z. B. seinem Beamten die Dienstpflicht erlassen. Die Dienstpflicht des Beamten ist deshalb keine relative, sondern eine *absolute*. Besteht sie, so muß sie der Staat geltend machen, denn er ist eben *Vollzieher objektiven Rechts* und *nicht Inhaber subjektiver Rechte*; er ist m. a. W. an Grundsätze gebunden und kann nicht willkürlich, nach Belieben fordern oder nicht fordern ²⁷.

²⁷ Vgl. zum Vorstehenden Burekhardt, Einf. 23 ff., insbes. 26 f.; Methode 227 f., Org. 292 ff.: «Die staatliche Organisation verwirklicht das objektive Recht, die private subjektive Rechte.»

Der streikende Beamte verletzt also, im Gegensatz zum streikenden Privaten, eine *absolute*, d. h. nicht auf eine Person und ihr subjektives Recht bezogene, relative Pflicht, sondern eine Pflicht, die kraft *zwingender Vorschrift* und daher *unbedingt* zu erfüllen ist. Daß die Dienstpflicht des Beamten aber auf zwingenden, objektivrechtlichen Vorschriften beruht, entspricht dem Postulat logischer Folgerichtigkeit. Der Staat kann — wenigstens grundsätzlich — nicht wie ein Privater nach Belieben eine bestimmte Tätigkeit entfalten oder es bleiben lassen, sondern er *muß* die vom objektiven Recht umschriebenen, spezifisch staatlichen Funktionen ausüben oder er ist nicht Staat; ebenso *muß* er die ihm übertragenen, an sich nicht notwendigerweise staatlichen Aufgaben erfüllen, denn gerade um sie der vom Einzelinteresse geleiteten, privaten Willkür zu entziehen, sind sie ihm ja in der Regel übertragen worden. Weil die staatliche Tätigkeit aber, im Gegensatz zur privaten, nicht nach Belieben ausgeübt oder unterlassen werden darf, muß der Staat die Personen, die er mit der Durchführung seiner Aufgaben betraut, also in erster Linie die *Beamten*, mit logischer Notwendigkeit zur Dienstleistung *zwingend* verpflichten und konsequenterweise für Verletzungen der Dienstpflicht entsprechende *Sanktionen* vorsehen. Das ist letzten Endes auch der Grund dafür, daß er sich die erforderlichen Arbeitskräfte vorzugsweise durch Begründung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse beschafft, um ihnen, seinen Beamten, gegenüber als Träger von Befehls- und Disziplinargewalt, m. a. W. als *potentior persona* auftreten zu können.

3. Der Beamtenstreik als Verletzung des Volkswillens

Mit Recht bemerkt A. Studhalter (S. 38): «Am augenfälligsten wird die Unmöglichkeit eines Beamtenstreiks unter dem Gesichtspunkte der Demokratie.» Das beruht nicht nur darauf, daß die Rechtsstellung des Beamten durch Gesetze geregelt ist, die im demokratischen Staat von der Mehrheit des Volkes gutgeheißen worden sind²⁸, sondern hat noch einen andern, tieferen Grund.

Der *Private* bestimmt Umfang und Inhalt seiner Tätigkeit grundsätzlich frei, autonom, und wenn er sich durch Abschluß privatrechtlicher Dienstverträge die Arbeitskraft anderer zu Nutze macht, so tut

²⁸ Auch die Rechtsstellung des privaten Dienstpflichtigen beruht ja letzten Endes auf gesetzlichen Grundlagen, wenn auch auf privatrechtlichen. Das scheint A. Studhalter 38 zu übersehen.

er es zur Durchführung seiner *persönlichen* Pläne, die letzten Endes nichts anderes sind als die faßbare Äußerung seines *individuellen Willens*. Ganz anders verhält es sich beim *Staat*. Hier sind Umfang und Inhalt der Tätigkeit nicht durch die Willkür eines Einzelnen bestimmt, sondern durch das *objektive Recht* festgelegt, und dieses erscheint seinerseits nicht als Ausdruck des Willens eines Einzelnen, sondern als *Volkswille* im Sinne des demokratischen Prinzips, an dessen Bildung der Beamte selbst als Stimmberechtigter teilgenommen hat.

Daraus ergibt sich im Hinblick auf den Streik folgendes:

Der *private Dienstpflichtige*, der streikt, verstößt gegen seine zivilrechtliche Dienstpflicht und damit mittelbar gegen den beim Vertragsabschluß betätigten *Willen seines Dienstherrn*. Der streikende *Beamte* dagegen verletzt seine öffentlich-rechtliche Dienstpflicht und damit mittelbar das Umfang und Inhalt der Staatstätigkeit bestimmende objektive Recht und den darin zum Ausdruck kommenden *Mehrheitswillen des Volkes*. Der Beamtenstreik wiegt daher in der Demokratie besonders schwer ²⁹.

4. Der Beamtenstreik als Verletzung öffentlicher Interessen

Ganz besonders deutlich offenbart sich die Widerrechtlichkeit des Beamtenstreiks schließlich im Hinblick auf die davon betroffenen *Interessen*.

Die Tätigkeit, die der *Private* betreibt, ist durch seine eigenen, mithin primär durch rein *private* Interessen bestimmt, und wenn er sich vertraglich einen Dritten zu Dienstleistungen verpflichtet, so geschieht auch das in Verfolgung seiner persönlichen Zwecke. Ebenso läßt sich auch der Dienstpflichtige durch seine privaten Interessen leiten, wenn er ein Dienstverhältnis eingeht. Es stehen sich also auf beiden Seiten des privatrechtlichen Anstellungsverhältnisses ausschließlich *private* Interessen gegenüber.

Ganz anders verhält es sich beim *Staat*. Seine Tätigkeit ist, was Inhalt und Umfang anbetrifft, wenigstens in ihren Grundzügen durch das objektive Recht, das Gesetz bestimmt und dient nicht der Befriedigung privater, sondern ausschließlich *öffentlicher* Interessen.

²⁹ Der Beamte wird «vom Diener des Staates zum Tyrannen des Volkes», wie A. Studhalter 38 erklärt. Vgl. auch NR Baumberger (StenBull NR 1926 S. 503): «Der Beamtenstreik in der Demokratie ist ... ein Stück von dem, was militärisch die Meuterei ist.»

Zweck des Staates ³⁰ ist die Herbeiführung eines gerechten, vernünftigen gesellschaftlichen Zustandes. Diesem einen Ziel, der Verwirklichung des Gerechten, soll die gesamte staatliche Tätigkeit, mithin also auch diejenige der Beamten dienen.

Um seinen Zweck zu erreichen, erläßt der Staat Gesetze, wendet sie an und vollstreckt sie. Er begnügt sich aber nicht damit, die Voraussetzungen, unter welchen Private Rechtsgeschäfte unter sich abschließen dürfen, und den Umfang erlaubter privater Tätigkeit überhaupt durch allgemeinverbindliche Rechtssätze zu umschreiben und diese Rechtssätze durchzusetzen. Er beschränkt sich m. a. W. nicht auf den sog. «*Rechtsw Zweck*», sondern er nimmt in stets zunehmendem Maße die Förderung des geistigen und leiblichen Wohles seiner Angehörigen selbst an die Hand. Das ist der sog. «*Kulturzw Zweck*», die «*Wohlfahrtspflege*». Auf diesem Gebiet ist der Staat nicht Gesetzgeber, Richter oder Vollzieher, sondern — kurz gesagt — Versorger der Allgemeinheit ³¹. So betreibt und unterhält er zur Förderung des geistigen und leiblichen Wohles seiner Angehörigen Schulen, Universitäten, Museen und Bibliotheken, Kranken- und Irrenhäuser, Verkehrsanstalten, wie Bahnen, Post, Telegraph und Telephon, öffentliche Wasser-, Gas- und Elektrizitätswerke, Versicherungsanstalten, Pensionskassen und Bankinstitute, Erziehungsanstalten und Armenhäuser, Schlachthöfe, Fäkalienabfuhr- und Leichenbestattungsbetriebe u. a. m. ³². Mit dem Betrieb derartiger für die Allgemeinheit vielfach lebenswichtiger Anstalten nimmt der moderne Staat öffentliche Interessen wahr, die denjenigen, welche er in Ausübung seiner spezifischen Funktionen verfolgt, an Bedeutung um nichts nachstehen ³³.

³⁰ Über den Zweck des Staates vgl. insbes. Burckhardt, Org. 132 ff.

³¹ Die Bezeichnungen «*Rechtsw Zweck*» und «*Kulturzw Zweck*» dürfen nicht zur Annahme verleiten, der Staat trete gewissermaßen aus der Sphäre des Rechts heraus, indem er die «*Kultur*» fördere. Das trifft keineswegs zu. Alle und jede Staatstätigkeit vollzieht sich in der Form von *rechtlichen* Regelungen zum Zweck, einen gerechten, vernünftigen gesellschaftlichen Zustand herbeizuführen, und alles, was der Staat tut, soll *diesem* Zwecke dienen, aber er kann es in verschiedenen *Modalitäten* tun. — Vgl. Burckhardt, Org. 132 ff., bes. 136—139; vgl. auch Werner Kägi, Rechtsstaat-Sozialstaat-sozialer Rechtsstaat 129 ff., bes. 142 ff.; Fleiner, Inst. 392 und den dort N 18 zit. Art. 9 der deutschen RV vom 11. August 1919, der die zwei Richtungen der staatlichen Tätigkeit scharf auseinanderhält, wenn er dem Reiche die Gesetzgebung zuspricht über: «1. die Wohlfahrtspflege; 2. den Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit.»

³² Vgl. z. B. Fleiner, Inst. 323; Ruck, VerwR I 55.

³³ So insbes. Hugo Preuß 431.

Während nun der Staat mit all seiner Tätigkeit öffentliche Interessen zu befriedigen sucht, verfolgen die Beamten, denen er diese Tätigkeit zur Hauptsache anvertraut, wenigstens insofern private Interessen, als sie — wie private Dienstpflichtige — der Besoldung, des Verdienstes wegen arbeiten. Insoweit stehen sich aber im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis nicht gleichwertige Interessen gegenüber, sondern private und öffentliche.

Aus dem Gesagten ergibt sich im Hinblick auf den Streik folgendes:

Der streikende *Private* lähmt die Geschäftstätigkeit seines Dienstherrn und schädigt damit zur Durchsetzung seiner eigenen Interessen diejenigen seines Arbeitgebers. Dabei sind die mit dem Kampfmittel des Streiks verfochtenen und die davon betroffenen *Interessen* gleichermaßen *private*.

Der streikende *Beamte* dagegen lähmt die Tätigkeit des *Staates*³⁴ und schädigt damit *öffentliche Interessen*, um seine eigenen durchzusetzen. Er stellt m. a. W. seine persönlichen über die vom Staat und von ihm selbst als dessen Diener wahrzunehmenden öffentlichen Interessen³⁵. Was das bedeutet, wird erst klar, wenn man sich die Folgen eines Generalstreiks der Beamten vergegenwärtigt.

Wenn *alle* Beamten streiken, ist die gesamte Staatstätigkeit lahmgelegt: es streikt der Staat selbst, wenn die ihn verkörpernden Organe streiken³⁶.

Alle staatliche Tätigkeit verfolgt letzten Endes nur den *einen* Zweck: einen gerechten, vernünftigen, gesellschaftlichen Zustand herbeizuführen und in diesem Sinne die Gerechtigkeit zu verwirklichen. Wer also, wie die streikenden Beamten, die Staatstätigkeit lähmt, vereitelt diesen ihren Zweck, hemmt die Verwirklichung ihres Zieles.

Die staatliche Tätigkeit zerfällt in die Ausübung der eigentlichen *Staatsfunktionen* der Rechtssetzung, Rechtsanwendung und -vollstreckung einerseits und in die «Wohlfahrtspflege» anderseits. Ein Streik der gesamten Beamtenschaft legt beide lahm. Wenn aber die *staatlichen Funktionen* nicht mehr ausgeübt werden, so ist die *Geltung der Rechtsordnung in Frage gestellt*, denn sie beruht ja auf der Tatsache, daß das Recht durch die zuständigen Organe angewendet

³⁴ So insbes. NR Evéquoaz anlässlich der 3. Tagung der nationalrätlichen Kommission für die Beratung des BBtG in Bern, 18. bis 23. Jan. 1926: «La grève est de nature à suspendre la vie de l'Etat.»

³⁵ So insbes. auch Michel Cérésolle 89.

³⁶ So z. B. auch A. Studhalter 39.

und vollstreckt wird³⁷. Nicht weniger schwer wiegt die durch den Streik hervorgerufene *Unterbrechung der Wohlfahrtspflege*. Man denke nur daran, wie sehr heutzutage nicht nur das gesamte Wirtschaftsleben, sondern jeder Einzelne auf das reibungslose und verlässliche Funktionieren der öffentlichen Anstalten, namentlich der Verkehrsanstalten, der Wasser-, Gas- und Elektrizitätswerke angewiesen ist! Eine längere Unterbrechung des Betriebes dieser Anstalten müßte geradezu katastrophale Folgen zeitigen³⁸.

Aus dem Vorstehenden folgt, daß der Beamtenstreik eine überaus schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen darstellt. Er vermag die gesamte Staatstätigkeit lahmzulegen, den Staatszweck zu vereiteln, die Geltung der Rechtsordnung in Frage zu stellen und den Betrieb lebenswichtiger öffentlicher Anstalten zu unterbrechen. Er läuft, wenn er sich zu einem Generalstreik der Beamten ausdehnt, in seinen letzten Konsequenzen auf die Diktatur des Staatsapparats oder die Anarchie hinaus³⁹ und kennzeichnet sich damit nicht nur als *rechtswidrig*, sondern auch als *staatsgefährlich*⁴⁰.

5. Der Sonderfall des sog. Aufkündigungsstreiks⁴¹

Als Aufkündigungsstreik wurde die gemeinsame, unter Einhaltung der Kündigungsfrist erfolgende Auflösung des Dienstverhältnisses seitens mehrerer Dienstpflichtiger bezeichnet. Ein derartiger «Streik» ist — per definitionem — rechtlich zulässig, und zwar gilt das auch für die Beamten, denn auch ihnen steht prinzipiell das Recht zu, unter Einhaltung bestimmter Fristen das Dienstverhältnis, selbst während der Amtsdauer, jederzeit aufzulösen⁴². Von dieser Regel gibt es aber *Ausnahmen*.

³⁷ Über die Bedeutung der Beamten für die Geltung der Rechtsordnung und zum Begriff derselben vgl. vorn § 1 S. 24 f. und N 30 daselbst.

³⁸ Nicht von ungefähr bedroht Art. 239 StGB die «Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen», mit Gefängnisstrafe, und zwar auch bei bloßer Fahrlässigkeit. Vgl. hiezu auch N 11 hievor.

³⁹ Ähnlich A. Studhalter 43/44.

⁴⁰ So ausdrücklich André Grisel 64; StR Baumann (StenBull StR 1925 S. 243). — Zum Begriff der «Staatsgefährlichkeit» vgl. Ernst Abderhalden 120 ff.; J. Schollenberger, Bundesverfassung der Schweiz. Eidgen., Kommentar mit Einleitung, Berlin 1905, S. 416; U. Lampert, Das schweiz. Bundesstaatsrecht, Zürich 1918, S. 59/60 und insbes. Burckhardt, Komm. 523 f. — Serge Bonhôte (S. 189 f.) identifiziert m. E. zu Unrecht «staatsgefährlich» mit «rechtswidrig».

⁴¹ Vgl. dazu A. Studhalter 41 ff. und vorn § 13, I, 1 und 3.

⁴² Über das Recht des Beamten zur Auflösung des Dienstverhältnisses vgl. z. B. Art. 53 BBtG; § 4 BtG Zürich; Art. 17 II BtG Bern; § 60 BtG Luzern; Art. 49 BtG Freiburg; § 3 BtG Basel-Stadt; Art. 70 BtG Graubünden; Art. 60 BtG Neuenburg.

Während zur Auflösung des privatrechtlichen Dienstverhältnisses die einseitige Erklärung des Dienstpflichtigen genügt, bedarf es zur Auflösung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses während der Amtsdauer grundsätzlich auch noch der Bewilligung des Entlassungsgesuches seitens der Wahlbehörde ⁴³. Diese Bewilligung muß normalerweise innert einer bestimmten Frist erteilt werden ⁴⁴, sie darf aber, so z. B. im Bund, ausnahmsweise auch verweigert werden, wenn durch die Entlassung «wesentliche Interessen des Bundes beeinträchtigt werden» ⁴⁵. Das wäre aber zweifellos gerade bei der Auslösung eines Aufkündigungsstreiks der Beamten der Fall. Die Wahlbehörde dürfte daher die Genehmigung der Entlassungsgesuche verweigern. Dadurch würde der geplante Aufkündigungsstreik von vorneherein zu einem widerrechtlichen gestempelt.

In Zeiten von Krieg oder Kriegsgefahr kann die nachgesuchte Entlassung für bestimmte Dienstverhältnisse überdies ganz allgemein verweigert werden ⁴⁶. In diesem Falle wäre ein Aufkündigungsstreik der Beamten natürlich erst recht unzulässig.

§ 14. Die Koalitionsfreiheit

I. Begriff und verfassungsmäßige Garantie

1. Der Begriff

Die Koalitionsfreiheit kann etwa als das dem Einzelnen als Arbeitgeber, in erster Linie aber als Arbeitnehmer dem Staate und der gegnerisch eingestellten sozialen Gewalt gegenüber zustehende Recht bezeichnet werden, sich zur Wahrung und Verbesserung seiner sozialen und wirtschaftlichen Lebensbedingungen mit andern zusammen-

⁴³ Die Erteilung dieser Bewilligung stellt eine Verwaltungsverfügung dar. Vgl. Fleiner/Giacometti 669.

⁴⁴ In der Regel beträgt diese Frist 3 Monate, ausnahmsweise 6 Monate (vgl. Art. 49 BtG Freiburg). Siehe auch die in N 42 zit. Gesetzesbestimmungen.

⁴⁵ Vgl. Art. 53 Abs. 1 BBtG; ähnlich z. B. § 4 BtG Zürich und Art. 87 Abs. 3 BtG Waadt.

⁴⁶ Vgl. Art. 53 Abs. 2 und Art. 57 Abs. 3 letzter Satz BBtG; ferner Fleiner/Giacometti 671.

schließen zu dürfen¹. Sie erscheint somit als eine durch ihre Subjekte und ihren Zweck charakterisierte Art der Vereinsfreiheit.

Diese Definition ist im Hinblick auf die Beamten kurz zu erläutern.

Der Begriff der Koalition ist ein engerer als der des Vereins. Koalitionen sind Vereine mit einem ganz bestimmten *Zweck*, nämlich solche, die die Wahrung und Förderung der sozialen und wirtschaftlichen Lebensbedingungen ihrer Mitglieder zum Ziele haben². Sie zeichnen sich also in erster Linie durch diesen ihren Zweck aus. Darin ist die Literatur einig.

Dagegen werden verschiedentlich nur die Arbeitnehmer als *Subjekte* der Koalitionsfreiheit genannt, nicht aber die Arbeitgeber³. Diese Beschränkung entbehrt nicht einer gewissen Berechtigung, denn wenn auch der Staat die Koalitionsfreiheit nicht nur der einen Gruppe gewährt, so garantiert er sie doch in erster Linie im Interesse der Arbeitnehmer und weniger im Hinblick auf die Arbeitgeber. «Die Koalitionsfreiheit ist eben ideologisch Gewerkschaftsfreiheit, nicht Arbeitgeberverbandsfreiheit.»⁴

Gelegentlich wird die Koalitionsfreiheit im Sinne eines Rechtes gegenüber der Staatsgewalt abgelehnt und ausschließlich als Recht gegenüber der gegnerisch eingestellten *sozialen Gewalt* aufgefaßt. Diese Gewalt wird durch Privatpersonen verkörpert und ausgeübt und erscheint in der Regel als die Gegenpartei des Arbeitsmarktes:

¹ Der Begriff «Koalitionsfreiheit», auch «Vereinigungsfreiheit» oder «Verbandsfreiheit» genannt (französisch etwa «liberté, droit de coalition», namentlich «liberté syndicale»), wird in der Literatur häufig verwendet, aber nicht immer genau definiert. Vgl. z. B. BIT, Etudes et documents, La liberté syndicale, 5 Bde., Genf 1927/1930, insbes. Bd. I S. 32; BIT, Rapport VII, insbes. S. 110 ff.; Arthur Studhalter 4 f.; Hans Müller, Staatsarbeiter- und Beamtenrecht 41 ff.; Ernst Abderhalden 56 ff.; Hans Huber, Die Koalitionsfreiheit, ZBJV 83 (1947) S. 3; H. P. Tschudi, Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, ZSR 67 (1948) 360. Vgl. ferner für das *deutsche* Recht: Wilhelm Groh, Koalitionsrecht, Mannheim, Berlin und Leipzig 1923; Richard Ernst 17 ff.; Willi Schleweis 72 ff. — Die Definition im Text setzt sich aus der von Hans Huber, Die Koalitionsfreiheit 3, und der vom BIT, Rapport VII S. 110 ff., gegebenen zusammen.

² So insbes. Hans Huber, Die Koalitionsfreiheit 3 und H. P. Tschudi 360. — Die Terminologie von Willi Schleweis (S. 67), wonach den Koalitionen «begriffsnotwendig die ultima ratio des Streiks innewohnt», ist abzulehnen.

³ So z. B. A. Studhalter 4 f.; Hans Müller 41 ff. und insbes. Ernst Abderhalden 56 und die dort N 3 zit. Lit.

⁴ So Hans Huber, Die Koalitionsfreiheit 3; vgl. auch die Botschaft des BR zu dem in der Volksabstimmung vom 21. März 1920 verworfenen BG über die Ordnung des Arbeitsverhältnisses, BBl 1919 II 1 ff., und BIT, Rapport VII S. 111 f.

das sind für die Arbeitnehmer die Arbeitgeber und umgekehrt für diese jene. Die Koalitionsfreiheit wird also lediglich als Recht gegenüber andern Privatpersonen gedacht und damit gleichzeitig als Freiheitsrecht verworfen, denn als solches könnte sie sich ja nur gegen die Staatsgewalt richten ⁵.

Das ist m. E. unzutreffend. Von der Koalitionsfreiheit kann sowohl im einen wie im andern Sinne gesprochen werden. Sie kann als Recht gegenüber Privaten, aber auch als Recht gegenüber der Staatsgewalt, d. h. als Freiheitsrecht, aufgefaßt werden ⁶.

Diese ganze Frage ist hier allerdings von geringer Bedeutung, denn für die Beamten kann es eine Koalitionsfreiheit ohnehin nur im Sinne eines Rechtes gegenüber der Staatsgewalt geben, weil der Staat ihnen nicht nur als solcher, sondern analog wie der private Dienstherr seinem Dienstpflichtigen, auch als Arbeitgeber gegenübersteht.

Im folgenden wird deshalb unter der Koalitionsfreiheit das den Beamten dem *Staate* gegenüber zustehende Recht verstanden, sich zur Wahrung und Förderung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Lebensbedingungen untereinander oder mit Dritten zusammenschließen zu dürfen. Die Koalitionsfreiheit wird m. a. W. nur als Freiheitsrecht begriffen.

2. Die verfassungsrechtliche Garantie

Der liberale Staat gewährte ursprünglich nur die politische Vereins- und Versammlungsfreiheit, verbot jedoch berufliche Vereinigungen, einerseits weil er derartigen Organisationen mißtraute und Störungen der öffentlichen Ordnung sowie Handlungen gegen die Sicherheit des Staates befürchtete, anderseits weil er glaubte, das Zunftwesen könnte wieder aufleben und die kaum errungene Handels- und Gewerbefreiheit bedrohen. So kam es, daß verschiedene neuere Verfassungen neben der ursprünglich vorwiegend politisch gedachten Vereins- und Versammlungsfreiheit die Koalitionsfreiheit als selbstständiges Grundrecht garantierten. Die meisten Staaten gingen aber davon aus, daß Vereine und Koalitionen ihrem Wesen nach dasselbe sind und bezogen die berufliche Vereinigungsfreiheit in die allge-

⁵ In diesem Sinne insbes. Hans Huber, Die Koalitionsfreiheit 2 f. — Gegen diese Auffassung insbes. H. P. Tschudi 360 f. und N 12 daselbst sowie Fleiner/Giacometti 382 N 42.

⁶ In diesem Sinne BIT, Rapport VII S. 110 und 115 und insbes. H. P. Tschudi 360 f.

meine Vereins- und Versammlungsfreiheit ein, so u. a. auch die Schweiz ⁷.

Die Koalitionsfreiheit (im Sinne eines Rechts gegenüber der Staatsgewalt) wird deshalb in den schweizerischen Verfassungen nicht ausdrücklich garantiert ⁸. Die *Koalitionen* stehen aber anerkanntermaßen unter dem *Schutz der Vereinsfreiheit* (Art. 56 BV) ⁹. Und zwar braucht gar nicht untersucht zu werden, ob diese Vereinigungen, Berufsverbände, Gewerkschaften oder wie man sie nennen will, vorwiegend wirtschaftliche Zwecke verfolgen oder nicht, denn die Vereinsfreiheit gilt nicht nur für die sog. idealen, sondern auch für die wirtschaftlichen Vereine, wenigstens soweit sie nicht ausschließlich Erwerbszwecke verfolgen ¹⁰. Immerhin sei festgestellt, daß die Koalitionen, vor allem diejenigen der Arbeitnehmer, nie rein wirtschaftliche Zwecke verfolgen, sondern meist ganz allgemein die Verteidigung der Standesinteressen ihrer Mitglieder zum Ziele haben und in diesem Sinne «idealen» Zwecken dienen ¹¹.

In neuester Zeit hat die Koalitionsfreiheit in der Schweiz auch als Recht gegenüber andern Privatpersonen ausdrückliche Anerkennung gefunden, allerdings nur als Voraussetzung für die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von Gesamtarbeitsverträgen (GAV). Nach Art. 34^{ter} Abs. 2 BV und Art. 2 Abs. 1 des Bundesbeschlusses vom 23. Juni

⁷ Zur Geschichte der Koalitionsfreiheit vgl. Ernst Abderhalden 58 f.; Hans Huber, Die Koalitionsfreiheit 5 ff.; H. P. Tschudi, Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang ZSR NF 67 (1948) S. 357; BIT, Etudes et documents, La liberté syndicale I 11 ff. — Da die Vereinigungen in der Schweiz nie besonderen Vorschriften unterworfen waren, sind dem schweizerischen Recht Ausdrücke wie Koalitionsfreiheit, Koalitionsrecht bis in die neueste Zeit fremd geblieben (vgl. hiezu BIT, Etudes et documents, La liberté syndicale II 381). Vgl. nunmehr Art. 34^{ter} Abs. 2 BV, sowie Art. 2 des BB vom 23. Juni 1943 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen.

⁸ Ausdrückliche Garantien der Koalitionsfreiheit finden sich in Art. 159 der Weimarer RV vom 11. August 1919, ferner in den bei Ernst Abderhalden 58 und vom BIT, Rapport VII S. 43 zitierten, weiteren ausländischen Verfassungen.

⁹ So z. B. Hans Huber, Die Koalitionsfreiheit 4; H. P. Tschudi 360, 362 und bes. 365; BIT, Rapport VII 43 f.; A. Babel, BIT, Etudes et documents, La liberté syndicale II 362 ff.; Serge Bonhôte 168 ff.; Ernst Abderhalden 59. — Nach der vorn § 3, III, 2 (S. 54) wiedergegebenen Theorie, wonach jede Seite der menschlichen Freiheit, die überhaupt einmal rechtlich relevant werden kann, durch die BV garantiert ist, erscheint die Koalitionsfreiheit ohnehin als stillschweigend gewährleistet.

¹⁰ Vgl. insbes. Hans Nef, Vereinsfreiheit, Schweiz. Jur. Kartothek Nr. 698, II, 1, a und BGE 42 I 10; anderer Ansicht: Fleiner/Giacometti 375 f.; Burckhardt, Komm. 522; Ernst Abderhalden 57 f.; Hans Huber, Die Koalitionsfreiheit 4.

¹¹ Vgl. hiezu Hans Huber, Die Koalitionsfreiheit 4; Burckhardt, Komm. 522; Ernst Abderhalden 57 ff.

1943 über die AVE von GAV darf nämlich ein Vertrag nur dann allgemein verbindlich erklärt werden, wenn er die Verbandsfreiheit nicht beeinträchtigt¹². Für die Beamten hat diese Anerkennung der Koalitionsfreiheit allerdings keine Bedeutung, weil sie als Dienstpflichtige nicht einem Privaten, sondern dem Staate gegenüber stehen und damit ohnehin nicht in die Lage kommen, Gesamtarbeitsverträge abzuschließen.

II. Die grundsätzliche Gleichstellung der Beamten mit den Nichtbeamten

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Beamten in der Schweiz prinzipiell dieselbe Koalitionsfreiheit genießen wie die Nichtbeamten¹³. Die Koalitionen stehen, wie bemerkt, unter dem Schutz der Vereinsfreiheit. Die Koalitionsfreiheit ist also ein verfassungsmäßig garantiertes Recht gegenüber der Staatsgewalt und steht als solches ohne weiteres auch den Beamten zu. Das ergibt sich aus der grundsätzlichen Gleichstellung der Beamten und der Nichtbeamten hinsichtlich der individuellen Freiheit im allgemeinen¹⁴.

Die Koalitionsfreiheit der Beamten ist in gewisser Hinsicht sogar eine umfassendere als die der Nichtbeamten, wenn nicht faktisch, so

¹² Vgl. dazu Hans Huber, Die Koalitionsfreiheit, bes. 9 f. — Obwohl es sie nicht ausdrücklich normiert, ist dem schweiz. Zivilrecht die Koalitionsfreiheit allerdings von jeher als Teil der Persönlichkeitsrechte (Art. 28 ZGB) bekannt gewesen. Vgl. auch BGE 75 II 315. — Über die gesetzgeberischen Projekte zum Schutze der positiven Koalitionsfreiheit gegen mißbräuchliche Kündigungen vgl. H. P. Tschudi 376.

¹³ Vgl. Hans Müller 41. — So betrachtet die *Praxis* z. B. auch Postwächtervereine nicht als rechtswidrig (Burckhardt, Bundesrecht Nr. 542 I), wohl aber die sogen. Soldatenvereine und -bünde (Burckhardt, a. a. O. Nr. 542 II). — Die Koalitionsfreiheit der Beamten wird in der schweiz. staatsrechtlichen *Lit.* nur selten ausdrücklich erwähnt, weil meist nicht — wie hier — zwischen Vereinsfreiheit (im Sinne einer besondern Art der Freiheit der Meinungsäußerung) und Koalitionsfreiheit (im Sinne des Vereinigungsrechtes zur Wahrung und Förderung wirtschaftlicher Interessen) unterschieden wird. Sie ist aber indirekt auch von der schweizerischen staatsrechtlichen *Theorie* anerkannt; vgl. z. B. Fleiner, BStR 260 und N 45 daselbst; Fleiner/Giacometti 677. — Über die internationale Anerkennung der Koalitionsfreiheit der Beamten vgl. BIT, Etudes et documents, La liberté syndicale I 33 und insbes. Rapport VII 47, 112 und 131.

¹⁴ Vgl. hiezu vorn § 4 I, S. 75 ff. — Ausdrückliche Garantien des Vereinsrechtes der Beamten enthalten die folgenden Beamtengesetze: Art. 13 Abs. 1 BBtG; Art. 15 Abs. 1 BAO; Art. 15 BtG Bern; § 54 Abs. 1 BtG Luzern; Art. 41 BtG Freiburg; § 41 BtG Basel-Land; Art. 72 BtG Waadt; Art. 50 BtG Neuenburg.

doch rechtlich ¹⁵. Während sich nämlich der private Dienstpflichtige bei seinem Arbeitgeber nur dann auf die Koalitionsfreiheit berufen kann, wenn dieser auf Grund eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages dazu verpflichtet ist, die Verbandsfreiheit zu respektieren ¹⁶, steht der Beamte seinem Arbeitgeber, dem Staat gegenüber in jedem Falle unter dem Schutz der Koalitionsfreiheit. Das rührt davon her, daß die Koalitionsfreiheit als Recht gegenüber der Staatsgewalt eben in umfassender Weise garantiert ist, während sie als Recht des Einzelnen im Verhältnis zu andern Privatpersonen nur als Voraussetzung für die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen Anerkennung gefunden hat.

Die Beamten machen in der Schweiz von ihrer Koalitionsfreiheit in zunehmendem Maße Gebrauch, und die Beamtenverbände sind zu einem bedeutenden Faktor der politischen Meinungsbildung geworden. Die Dachorganisation, der Föderativ-Verband des Personals öffentlicher Verwaltungen und Betriebe, zählte im Jahre 1952 rund 106 000 Mitglieder, darunter rund 57 000 oder mehr als die Hälfte Angestellte der öffentlichen Verkehrsbetriebe (Eisenbahner und Post-, Telephon- und Telegraphenangestellte) ¹⁷. Näheren Aufschluß über Stärke und Struktur des Föderativ-Verbandes und der Organisation des Staats- und Gemeindepersonals gibt die Zusammenstellung im Anhang IV ¹⁸.

III. Beamtenrechtliche Beschränkungen der Koalitionsfreiheit, insbesondere das Verbot der Zugehörigkeit zu Vereinigungen, die den Beamtenstreik vorsehen oder anwenden

1. Der allgemeine Grundsatz, seine gesetzliche Regelung und seine Anwendung

a) Der allgemeine Grundsatz

Die Koalitionsfreiheit der Beamten, ihr Recht, sich zur Wahrung und Förderung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Interessen unge-

¹⁵ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti 381/382.

¹⁶ Vgl. Art. 2 des Bundesbeschlusses vom 23. Juni 1943 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen und Hans Huber, Die Koalitionsfreiheit, bes. S. 10.

¹⁷ Zur schweiz. Gewerkschaftsbewegung vgl. auch «Die Schweiz der Arbeit 1848—1948», herausgegeben vom schweiz. Gewerkschaftsbund, Zürich 1948.

¹⁸ Siehe hinten S. 287.

hindert durch den Staat zusammenschließen zu dürfen, ist — wie alle individuelle Freiheit — keineswegs unbeschränkt. Und zwar sind nicht nur die für die Nichtbeamten geltenden, allgemeinen Schranken zu beachten, wie sie z. B. Art. 56 BV aufstellt¹⁹, sondern es gelten für die Beamten darüber hinaus besondere Schranken, ganz gleichgültig, ob das betreffende Beamtengesetz sie ausdrücklich nennt oder nicht. Diese *Einschränkung der Koalitionsfreiheit* besteht, ganz generell gesprochen, darin, daß den öffentlichen Bediensteten ohne Verletzung derselben untersagt werden darf, einer Vereinigung anzugehören, welche sie an der Erfüllung ihrer Dienst- und Treuepflicht und damit an der gewissenhaften Wahrung der Interessen des Staates, auch außer Dienst, hindert oder doch hindern könnte²⁰.

b) Die gesetzliche Regelung

Dieser allgemeine Grundsatz hat in einigen wenigen Beamtengesetzen eine gewisse Positivierung erfahren. So verbietet der *Bund* seinen Beamten ausdrücklich, «einer Vereinigung anzugehören, die den Streik von Beamten vorsieht oder anwendet oder sonstwie in ihren Zwecken oder in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich ist»²¹. Nach Art. 12 lit. c BtG *Freiburg* ist dem Beamten ausdrücklich untersagt, «Vereinen, Vereinigungen oder Gewerkschaften anzugehören, die den Streik als Druckmittel vorsehen». Eine gleichlautende Bestimmung wie das Bundesbeamtenrecht sah auch der regierungsrätliche Entwurf zum *luzernischen* Beamtengesetz vor²². In der parlamentarischen Beratung wurde das Verbot der Zugehörigkeit zu Vereinigungen, die den Streik vorsehen oder anwenden, jedoch gestrichen und nur das Verbot aufrechterhal-

¹⁹ Art. 56 BV: «Die Bürger haben das Recht, Vereine zu bilden, sofern solche weder in ihrem Zweck, noch in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich sind. ...» Vgl. auch Art. 275 StGB, der die Gründung bestimmter, tatbestandsmäßig umschriebener, staatsgefährlicher Vereinigungen, den Beitritt zu solchen und die Befolgung ihrer Weisungen unter Strafe stellt.

²⁰ Vgl. dazu die Ausführungen des Bundesgerichtes über die Vereinsfreiheit der Beamten (BGE 65 I 236 ff., bes. Erw. 3), welche mutatis mutandis auch für die Koalitionsfreiheit gelten; ferner Hans Nef, Vereinsfreiheit, Schweiz. Jur. Kartothek Nr. 698, II, 3, lit. a und b; Ernst Abderhalden 93; Fleiner/Giacometti 381 f., 677; Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 775^{bis}.

²¹ Vgl. Art. 13 Abs. 2 BBtG; Art. 15 Abs. 2 BAO. Vgl. dazu auch Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 775 IV.

²² Vgl. die regierungsrätliche Botschaft vom 20. November 1946 zum luzernischen BtG S. 26 und § 53 Abs. 2 des regierungsrätlichen Entwurfes vom 20. November 1946.

ten, einer Vereinigung anzugehören, welche «in ihren Zwecken oder in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich ist»²³.

Am treffendsten wird der erwähnte Grundsatz im *waadtländischen* Beamtengesetz umschrieben. Art. 72 Abs. 1 desselben lautet: «Le droit d'association est garanti aux fonctionnaires sous réserve des obligations que la présente loi leur impose et dans les limites de la constitution fédérale, de la constitution cantonale et des lois.»²⁴

Die meisten schweizerischen Beamtengesetze enthalten jedoch *keine ausdrücklichen Vorschriften* über die Schranken der Vereins- bzw. der Koalitionsfreiheit der Beamten. Das ist durchaus kein Mangel, denn wenn solche Bestimmungen auch in vielen Fällen wünschenswert erscheinen mögen, so bestätigen sie doch nur, was ohnehin gelten würde. Sie bringen eben lediglich den auch ohne gesetzliche Vorschrift geltenden allgemeinen *Grundsatz* zum Ausdruck, daß ein Beamter auch bei der Ausübung seiner Freiheitsrechte die ihm obliegenden besonderen Pflichten zu beachten hat²⁵ und deshalb keiner Vereinigung beitreten darf, die in ihren Zwecken oder in den dafür bestimmten Mitteln seinen Pflichten zuwiderläuft.

c) Die Anwendung

Koalitionen sind Vereine zum Zwecke der Wahrung und Förderung der sozialen und wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder. Daraus folgt ohne weiteres, daß den Beamten die Zugehörigkeit zu bestimmten Berufsverbänden, Gewerkschaften oder ähnlichen Vereinigungen jedenfalls *nicht wegen des Zweckes*, den sie verfolgen, verboten werden darf, denn die definitionsgemäß allen derartigen Koalitionen gemeinsame Zielsetzung ist — wenigstens an sich — weder staatsgefährlich oder rechtswidrig, noch hindert sie die Beamten an der treuen Erfüllung ihrer Pflichten oder läßt sie eine solche Behinderung auch nur befürchten.

Ganz anders verhält es sich hinsichtlich der von Seiten der Berufsverbände vorgesehenen oder im konkreten Fall zur Anwendung kommenden *Mittel*. Als solches erscheint nämlich in erster Linie der *Streik*, ja, es wird vielfach sogar behauptet, ohne gleichzeitige Anerkennung des sog. «Streikrechts» sei die Koalitionsfreiheit vollkom-

²³ Vgl. § 45 Abs. 2 BtG Luzern; analog Art. 15 BtG Bern.

²⁴ Ähnlich nun auch das BtG Neuenburg in Art. 50.

²⁵ Dieser Grundsatz wird besonders deutlich ausgesprochen im Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner S. 11.

men wertlos, denn der Streik sei das einzige, zur Erreichung des Verbandszweckes überhaupt taugliche Mittel ²⁶.

Nun ist aber gerade der Streik, wie eingehend dargelegt, mit dem Begriff des Beamten schlechterdings unvereinbar; er erscheint als Verletzung der auf zwingenden Rechtssätzen beruhenden, disziplinarisch sanktionierten Dienst- und Treuepflicht, als Mißachtung des demokratischen Volkswillens und schwerwiegende Beeinträchtigung vitaler öffentlicher Interessen. Der *Beamtenstreik* muß daher als *rechtswidrig* und — wenigstens wenn die Mehrheit der Beamten die Arbeit niederlegt — auch als *staatsgefährlich* bezeichnet werden ²⁷.

Es ist den Beamten deshalb nicht nur untersagt, selbst in den Streik zu treten oder andere Beamte zum Streiken zu veranlassen, sondern es ist ihnen auch *verboten, einer Koalition anzugehören, die den Beamtenstreik vorsieht oder anwendet*. Und zwar gilt diese Einschränkung der Verbandsfreiheit auch dann, wenn sie das betreffende Beamtengesetz gar nicht ausdrücklich statuiert, denn sie ergibt sich aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Dienstverhältnisses von selbst ²⁸.

2. Das Verbot der Zugehörigkeit zu Vereinigungen, die den Beamtenstreik anwenden oder vorsehen

a) Die logische Notwendigkeit des Verbotes

Die Pflichten der Beamten sind, wie dargelegt ²⁹, im Gegensatz zu denen privater Dienstpflichtiger, nicht relative, auf eine Person und ihr subjektives Recht bezogene, sondern absolute Pflichten, d. h.

²⁶ Diese Auffassung wurde insbes. anlässlich der parlamentarischen Beratung des Bundesbeamtengesetzes vertreten; vgl. z. B. NR IIg, StenBull NR 1926 S. 492 f. — Vgl. auch Serge Bonhôte 261 f.: «Le droit de grève doit être considéré comme le corollaire nécessaire au droit de coalition.» — Vgl. ferner Ernst Abderhalden 56, der unter Koalitionsfreiheit auch die «Freiheit, die zur Erreichung der gesetzten Zwecke erforderlichen Kampfmittel (Streik, Boykott) anzuwenden», versteht; und W. Fischler 143, bes. N 34 daselbst.

²⁷ Vgl. hiezu vorn § 13, II, 4. — Daß der Beamtenstreik als «rechtswidrig» und «staatsgefährlich» zu betrachten ist, kommt auch im Wortlaut von Art. 13 Abs. 2 BBtG zum Ausdruck, der dem Beamten untersagt, «einer Vereinigung anzugehören, die den Streik von Beamten vorsieht oder anwendet oder die *sonstwie* in ihren Zwecken oder in den dafür bestimmten Mitteln *rechtswidrig* oder *staatsgefährlich* ist» (vom Verf. ausgezeichnet).

²⁸ Die *einzigsten* derartigen Verbote finden sich im *Bundesbeamtenrecht* (Art. 13 Abs. 2 BBtG und Art 15 Abs. 2 BAO) und im Beamtenrecht des Kantons *Freiburg* (Art. 12 lit. c BtG).

²⁹ Vgl. zum Folgenden vorn § 13, II, 2.

sie müssen nicht nur erfüllt werden, wenn und soweit der Dienstherr es verlangt, sondern sie bestehen kraft zwingender Vorschrift und sind daher unbedingt zu befolgen. Deshalb muß die Rechtsordnung dem *Beamten mit logischer Notwendigkeit* untersagen, einer Vereinigung anzugehören, welche den Streik anwendet oder vorsieht, denn ließe sie das zu, so widerspräche sie sich selbst. Sie kann vernünftigerweise nicht den Beamten zwingend, unter Androhung von Disziplinarstrafen, zur Dienstleistung und zur Treue verpflichten und gleichzeitig dulden, daß er sich durch den Beitritt zu einer Vereinigung, die den Streik von Beamten vorsieht, verpflichtet oder doch bereit erklärt, gegebenenfalls einer Streikparole Folge zu leisten und damit seine zwingenden Pflichten zu mißachten ³⁰.

Dagegen kann die Rechtsordnung ohne logischen Widerspruch zulassen, daß *Nichtbeamte* Vereinigungen beitreten, welche den Streik als Mittel zur Erreichung ihrer Zwecke vorsehen, denn obwohl sich auch der Private durch den Beitritt zu einer derartigen Vereinigung verpflichtet oder doch bereit erklärt, gegebenenfalls zu streiken, also seine Dienstpflicht zu verletzen, steht in diesem Falle eben nicht eine zwingende Norm objektiven Rechts in Frage, sondern lediglich das dem Dienstherrn aus Vertrag zustehende subjektive, d. h. verzichtbare Recht auf Dienstleistung, das klageweise geltend gemacht werden *kann*, aber nicht wie das objektive Recht im Sinne von Normen über die Dienstpflicht des Beamten von Amtes wegen angewendet werden *muß*.

b) Die Auslegung des Verbotes

Das Verbot gilt nur gegenüber Vereinigungen, die den Beamtenstreik anwenden oder vorsehen. Ob ein Verband den Beamtenstreik als Mittel zur Durchsetzung seiner Ziele *anwendet*, ist eine Tatsachenfrage. Schwieriger ist zu entscheiden, ob eine Vereinigung den Beamtenstreik *vorsehe*. Das wäre zweifellos dann der Fall, wenn der Beamtenstreik in den Verbandsstatuten ausdrücklich vorgesehen würde. Allein, so einfach werden die Dinge kaum je liegen. Die Ver-

³⁰ Die Annahme eines *Gewohnheitsrechtes*, wonach den Beamten die Zugehörigkeit zu Vereinigungen, die den Streik anwenden oder vorsehen, erlaubt wäre (ImHof 300a), erscheint deshalb ausgeschlossen. Wenn die zuständige Behörde gegen die solchen Vereinigungen angehörenden Beamten nicht einschreitet und die vorgesehenen disziplinarischen Sanktionen nicht zur Anwendung bringt, so liegt allenfalls eine aus politischen Gründen zu erklärende, aber bloß *faktische* Duldung vor. Daraus können die Beamten aber niemals ein Recht auf Zugehörigkeit zu Streikvereinen ableiten.

hände werden sich hüten, in ihren Satzungen den Beamtenstreik als Mittel anzuführen. Die Statuten allein können deshalb nicht maßgebend sein. Es muß vielmehr darauf abgestellt werden, ob ein Verband den Beamtenstreik *tatsächlich* vorsieht oder nicht ³¹.

Wenn den Beamten untersagt ist, einer Vereinigung *anzugehören*, welche den Beamtenstreik anwendet oder vorsieht, so ist ihnen a fortiori verboten, eine derartige Vereinigung zu *gründen* oder dafür *Propaganda* zu treiben. Was als *Zugehörigkeit* zu gelten hat, ist weitgehend eine Frage des Ermessens. Eine disziplinarisch strafbare Zugehörigkeit liegt aber jedenfalls nicht nur dann vor, wenn der Beamte bei einer Vereinigung, die den Beamtenstreik anwendet oder vorsieht, eingeschriebenes Mitglied ist und die ordentlichen Mitgliederbeiträge entrichtet, sondern auch dann, wenn er bloß regelmäßig an den von einer solchen Vereinigung organisierten Veranstaltungen teilnimmt oder doch an den besonders wichtigen, man denke etwa an öffentliche Versammlungen, Umzüge und dergleichen ³². So würde z. B. ein Beamter gegen seine Amtspflichten verstoßen, wenn er an einer Versammlung teilnähme, an der über die Auslösung eines Beamtenstreiks beraten oder vielleicht sogar Beschluß gefaßt werden sollte ³³. Unzulässig ist also nicht etwa nur die formelle Mitgliedschaft, sondern auch die bloße Mitwirkung ³⁴.

c) Zuständigkeitsvorschriften

Laut ausdrücklicher Vorschrift ist für die Bundesbeamten *ausschließlich der Bundesrat* zuständig, darüber zu entscheiden, welche

³¹ Vgl. dazu Ernst Abderhalden 129 f.; Serge Bonhôte 195 ff.

³² Dagegen könnte wohl das bloße Halten der von einer solchen Vereinigung herausgegebenen *Zeitung* nicht als unzulässig betrachtet werden. Immerhin wäre auch das ein Indiz für die Zugehörigkeit zum betreffenden Verband. Vgl. dazu vorn § 9, I, 2, c, S. 142 f.

³³ Umgekehrt müßte dem Beamten wohl gestattet werden, einer Versammlung beizuwohnen, welche die Beseitigung des Streikverbotes auf dem Wege einer Gesetzesrevision diskutieren und allenfalls eine befürwortende Resolution fassen würde. Vgl. hiezu und zum Versammlungsrecht der Beamten im allgemeinen Konrad Hoerni 126 f.

³⁴ Das geht z. B. deutlich aus Art. 2 des BRB vom 2. Dezember 1932 über den Ausschluß der Kommunisten aus der Bundesverwaltung hervor: «Wer der kommunistischen Partei *angehört* oder an einer kommunistischen Organisation *mitwirkt*, kann weder in den Bundesdienst aufgenommen werden, noch in diesem verbleiben» (vom Verfasser ausgezeichnet). Vgl. dazu vorn § 9, I, 2, b u. f, S. 141 und 146. Vgl. auch Ernst Abderhalden 94 N 1; André Grisel 78 f.: Verwaltungsentscheide Heft 7 Nr. 15.

Vereinigungen unter das Verbot von Art. 13 Abs. 2 BBtG fallen³⁵. Mit dieser Zuständigkeitsvorschrift, die im Entwurf nicht vorgesehen war, wollte der Gesetzgeber, wie aus den parlamentarischen Beratungen über das Bundesbeamtengesetz hervorgeht, nicht nur allen dem Bundesrat untergeordneten Verwaltungsbehörden die Entscheidungsbefugnis nehmen, weil er befürchtete, diese würden sonst eine Kontrolle über die Vereinszugehörigkeit der ihnen unterstellten Beamten ausüben, sondern er wollte damit ausdrücklich auch die Zuständigkeit des Bundesgerichtes ausschließen³⁶.

Die ausschließliche Kompetenz des Bundesrates hat zur Folge, daß ein Beamter, der gestützt auf Art. 13 Abs. 2 BBtG disziplinarisch entlassen oder ins provisorische Dienstverhältnis versetzt wird³⁷, in Abweichung von der allgemeinen Regel nicht mit dem Rechtsmittel der Disziplinarbeschwerde an das Bundesgericht gelangen kann. Das Bundesgericht müßte sich in einem solchen Falle inkompetent erklären³⁸.

d) Die Anwendung des Verbotes

Vorschriften, welche die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Vereinigung als mit dem Staatsdienst unvereinbar erklärten, wurden in der Schweiz schon verschiedentlich erlassen³⁹. Dies geschah aber nicht, weil die betreffenden Vereinigungen den Streik von Beamten

³⁵ Vgl. BBtG Art. 13 Abs. 2 letzter Satz; BAO Art. 15 Abs. 2 letzter Satz. — Zwei *kantonale* Beamtengesetze enthalten analoge Vorschriften zugunsten der ausschließlichen Zuständigkeit des Regierungsrates: vgl. § 54 Abs. 2 letzter Satz BtG *Luzern* und Art. 72 Abs. 2 BtG *Waadt*. Die waadtländische Bestimmung verdient ihrer Klarheit wegen erwähnt zu werden: «Le conseil d'Etat est seul compétent pour décider des cas où ce droit (sc. le droit d'association) doit être limité pour l'un des motifs prévus au premier alinéa.»

³⁶ Vgl. StenBull NR 1926 S. 533 ff. — Ein Minderheitsantrag, wonach dem Beamten untersagt werden sollte, «einer Vereinigung anzugehören, von der das *Bundesgericht* feststellt, daß sie in ihren Zwecken oder in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich ist», wurde verworfen (a. a. O. 534 und 543). Ebenso wurde ein Zusatzantrag zu Art. 13 BBtG abgelehnt, welcher der betroffenen Vereinigung und dem Beamten die Möglichkeit gegeben hätte, den Entscheid des Bundesrates beschwerdeweise an die *Bundesversammlung* weiterzuziehen (a. a. O. 534 und 543). Vgl. auch Ernst Abderhalden 96.

³⁷ Vgl. Art. 30 und 31 Abs. 1 Ziff. 8 und 9 BBtG.

³⁸ In diesem Sinne ist Art. 13 Abs. 2 BBtG *lex specialis* zu Art. 117 OG. — Das Bundesgericht hat es denn auch, in BGE 57 I 154 f. Erw. 1, abgelehnt, zu prüfen, ob die Zugehörigkeit eines Beamten zur kommunistischen Partei unter das Verbot des Art. 13 Abs. 2 BBtG falle. — Vgl. dazu auch André Grisel 71; Fleiner/Giacometti 381/382 N 39, 675 N 27; unrichtig dagegen Walter Fischler 140 N 18.

³⁹ Vgl. vorn § 9, I, 2 und II, 2, S. 140 ff. und 157 ff.

anwandten oder vorsahen, sondern hauptsächlich deshalb, weil sie im Sinne von Art. 13 Abs. 2 BBtG bzw. im Sinne des kantonalen Beamtenrechts «sonstwie in ihren Zwecken oder in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich waren». Hierin lag das Hauptmotiv für das behördliche Einschreiten.

Ausschließlich oder doch vorwiegend wegen offener oder heimlicher Befürwortung des Beamtenstreiks mußte bisher noch keine einzige Unvereinbarkeitsbestimmung erlassen werden. Das ist damit zu erklären, daß seit den Nachkriegsjahren 1918/19 in der Schweiz die Gefahr eines Beamtenstreiks nie mehr ernsthaft drohte, sodaß das Verbot, einer Vereinigung anzugehören, welche den Streik von Beamten vorsieht oder anwendet, gar nicht aktuell werden konnte ⁴⁰.

e) Der Schutz des nichtstreikenden Beamten gegen Maßnahmen seines Verbandes

Gewissermaßen als Gegenstück zum Streikverbot enthält das Bundesbeamtengesetz eine besondere Bestimmung zum Schutze des Beamten, der sich als Mitglied einer Vereinigung weigert, einem Streikbeschuß derselben Folge zu leisten. Die Vereinigung darf ihn wegen Nichtteilnahme am Streik «weder als Mitglied ausschließen, noch ihm einen wirtschaftlichen Schaden zufügen»; «diesen Verboten zuwiderlaufende Abreden, Statutenbestimmungen oder Anordnungen von Vereinen und Genossenschaften sind nichtig» ⁴¹. Der Gesetzgeber dachte dabei an den Fall, daß eine Vereinigung, die zunächst den Beamtenstreik weder vorsieht noch anwendet, sodaß ihr nach Art. 13 BBtG ohne weiteres auch Beamte angehören dürfen, plötzlich einen Beamtenstreik beschließen sollte ⁴². Eine solche Vereinigung sollte den pflichtgemäß nichtstreikenden Beamten nicht ausschließen oder wirtschaftlich benachteiligen dürfen.

Diese Regelung kann kaum befriedigen ⁴³. Sie stellt einen Eingriff ins private Vereinsrecht dar, der sich auch durch den damit verfolgten Schutzgedanken nicht rechtfertigen läßt. Dies umso weniger, als der Beamte gemäß Art. 75 ZGB Vereinsbeschlüsse, die das Gesetz

⁴⁰ Vgl. vorn § 12.

⁴¹ Vgl. Art. 23 Abs. 2 und 3 BBtG; Art. 23 Abs. 2 und 3 BAO. — Siehe auch die Botschaft des Bundesrates vom 18. Juli 1924 zum BBtG, BBl 1924 III 98. — In den kantonalen Beamtengesetzen findet sich *keine* analoge Vorschrift.

⁴² Vgl. z. B. StenBull NR 1926 S. 486 f.

⁴³ Vgl. die eingehende, aber nicht durchwegs zutreffende Kritik bei Walter Fischler 146 ff.

oder die Statuten verletzen, beim Richter anfechten kann und auf diese Weise genügend geschützt ist.

f) Maßnahmen gegen Vereinigungen, die den Beamtenstreik anwenden oder vorsehen

Aus der Staatsgefährlichkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Beamtenstreiks⁴⁴ folgt, daß Vereinigungen, die den Streik von Beamten anwenden oder vorsehen, auch wenn sie sich nicht ausschließlich aus Beamten zusammensetzen, den Schutz der Vereinsfreiheit nicht genießen und dementsprechend ohne Verfassungswidrigkeit verboten, d. h. in ihrer Tätigkeit polizeilich eingestellt⁴⁵ und «auf Klage der zuständigen Behörde oder eines Beteiligten» als juristische Person durch den Richter zwangsweise aufgelöst werden können⁴⁶. Zur einen wie zur andern Maßnahme sollte aber nur dann geschritten werden, wenn sich der rechtmäßige Zustand auf andere Weise, z. B. durch Verzicht der betreffenden Vereinigung auf die Anwendung des Beamtenstreiks und entsprechende Statutenänderung, nicht erreichen läßt. Zur zivilrechtlichen Auflösung einer Vereinigung ist grundsätzlich nur der Richter zuständig, nicht auch die Regierung⁴⁷. Setzt sich eine Vereinigung aus lauter Beamten zusammen, so kommt allerdings ein von der Regierung ausgesprochenes Verbot, dieser Vereinigung anzugehören, einer faktischen Auflösung gleich⁴⁸.

3. Beamtenrechtlich unzulässige Koalitionsmittel außer dem Streik

Das Verbot der Zugehörigkeit zu einer Vereinigung, die den Beamtenstreik vorsieht oder anwendet, stellt zweifellos die praktisch wichtigste Beschränkung der Koalitionsfreiheit des Beamten dar. Das heißt indessen nicht etwa, der Beamte dürfe schlechthin jeder Koalition angehören, sofern sie nur den Beamtenstreik weder vorsehe noch anwende⁴⁹. Die Koalitionsfreiheit ist dem Beamten vielmehr wie alle andern Freiheitsrechte ganz generell nur unter dem Vor-

⁴⁴ Vgl. vorn § 13, II, 4.

⁴⁵ So z. B. gestützt auf Art. 102 Ziff. 9 und 10 BV oder auf Art. 85 Ziff. 6 und 7 BV.

⁴⁶ Vgl. Art. 78 ZGB; ferner Burckhardt, Komm. 523, 527; André Grisel 71; Ernst Abderhalden 131 ff. — Das polizeiliche Verbot wie die zivilrechtliche Auflösung müssen beide möglich sein, wenn die Rechtsordnung eine in sich geschlossene, widerspruchslöse Einheit bilden soll (vgl. hiezu Burckhardt, a. a. O. 527).

⁴⁷ Vgl. insbes. Ernst Abderhalden 131 ff.; BGE 58 I 95.

⁴⁸ Darauf weist z. B. André Grisel 71 hin.

⁴⁹ So insbes. André Grisel 65 f.

behalt *sämtlicher* ihm obliegenden Pflichten garantiert ⁵⁰. Und jenes Verbot erscheint lediglich als der Hauptanwendungsfall dieses allgemeinen Grundsatzes.

Der Zweck einer Koalition kann den Beamten, wie bemerkt, per definitionem nicht mit seinen Pflichten in Konflikt bringen. Dagegen lassen sich außer dem Streik auch andere Koalitionsmittel denken, die dem Beamten im Hinblick auf seine Pflichten nicht gestatten, einer bestimmten Vereinigung anzugehören ⁵¹. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn eine Vereinigung etwa anlässlich der Revision eines Beamtengesetzes oder bei anderer Gelegenheit eine unsachliche, das allgemeine Mißfallen erregende Kritik ausüben sollte, sodaß der dieser Vereinigung angehörende Beamte mit seiner Pflicht zu einem achtungswürdigen Verhalten in und außer Dienst in Konflikt geriete ⁵². Im allgemeinen ist jedoch zu sagen, daß die von den Koalitionen zur Erreichung ihrer Zwecke angewandten Mittel — vom Streik abgesehen — den Beamten kaum je an der treuen und gewissenhaften Erfüllung seiner Pflichten hindern werden, sodaß das Verbot der Zugehörigkeit zu Vereinigungen, die den Beamtenstreik vorsehen oder anwenden — jedenfalls praktisch gesehen — als die einzige Beschränkung der Koalitionsfreiheit erscheint.

4. Beamtenrechtlich erlaubte Koalitionsmittel

Es wird, wie erwähnt, vielfach geltend gemacht, ohne Anerkennung des sog. Streikrechts der Beamten sei die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit eine bloße Farce. Das ist eine Entstellung der Tatsachen ⁵³. Auch wenn der Beamtenstreik verboten ist, verbleiben den

⁵⁰ Dieser Vorbehalt wird am deutlichsten in Art. 72 Abs. 1 BtG Waadt zum Ausdruck gebracht: «Le droit d'association est garanti aux fonctionnaires sous réserve des obligations que la présente loi leur impose . . .»

⁵¹ So vorab natürlich alle sonstwie «rechtswidrig» oder «staatsgefährlich» erscheinenden Mittel. Diese Beschränkung ist jedoch nicht spezifisch beamtenrechtlicher Natur, sondern sie gilt für alle Bürger (Art. 56 BV).

⁵² Vgl. dazu vorn § 7, I S. 116 ff., insbes. 113. Man wird sich aber auch hier vor Überspannungen der Treuepflicht und der Pflicht zu einem achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten hüten müssen. So dürfte etwa eine Polemik der Eisenbahnergewerkschaften gegen die Personalpolitik der SBB-Generaldirektion die Treuepflicht der SBB-Beamten nicht berühren (vgl. Robert Geiling, Um die Meinungsfreiheit der Bundesbeamten, NZZ Nr. 1860 vom 24. September 1947 Bl. 7 (Spalte 1)).

⁵³ Mit dem Streik schneiden sich die Beamten ohnehin ins eigene Fleisch. Sie schädigen nicht nur den Staat, von dem sie eine Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Lage fordern, sondern stoßen zugleich auch das Volk, das ihnen diese Verbesserung zubilligen soll, vor den Kopf.

Koalitionen genügend rechtmäßige und wirksame Mittel zur Wahrung der wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Beamten. Man denke beispielsweise an das den Beamten im Bund faktisch eingeräumte Mitspracherecht bei der Revision des Beamtengesetzes vom Jahre 1949⁵⁴. Ferner ist etwa auf die dem eidgenössischen Personalamt als begutachtendes Organ beigegebene paritätische Kommission, deren Mitglieder zur einen Hälfte vom Bundesrat, zur andern aber vom Personal gewählt werden, hinzuweisen sowie auf die im Bundesbeamtengesetz ebenfalls vorgesehene Schaffung von Personalausschüssen⁵⁵. Als weiteres rechtmäßiges Mittel zur Wahrung und Förderung der wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Beamten fällt sodann die Bildung von Einkaufsgenossenschaften⁵⁶, Darlehens- und Bürgschaftskassen, von Unterstützungsvereinen, wie Sterbe-, Witwen- und Waisenkassen, in Betracht. Dazu kommen noch eine Menge weiterer Vorteile, welche die Beamtenorganisationen ihren Mitgliedern erlaubterweise zu bieten vermögen, so z. B. die fachmännische Beratung in allen beruflichen Angelegenheiten, unentgeltliche Verbeiständung in Disziplinarfällen usw. Zudem besteht selbstverständlich auch die Möglichkeit, durch öffentliche Versammlungen und durch die Presse in rechtmäßiger Weise für die Interessen der Beamten einzutreten.

Die *Koalitionsfreiheit* ist also für den Beamten *trotz Streikverbot* keineswegs ein bloß illusorisches, sondern ein *sehr bedeutendes Recht*.

⁵⁴ Vgl. BBl 1948 III 1205 ff., bes. 1223 ff. und 1237 ff.; siehe auch NZZ Nr. 2754 vom 22. Dezember 1948 Bl. 3.

⁵⁵ Art. 65 und 67 BBtG. — Vgl. auch Paul Anliker, Die Personalausschüsse unter bes. Berücksichtigung der eidg. Verwaltung, Diss. Bern 1924. Paritätische Kommissionen bzw. Personalausschüsse sind auch in kantonalen Beamtengesetzen vorgesehen, vgl. z. B. § 55 BtG Luzern; § 14 BtG Basel-Land; Art. 101 ff. BtG Waadt.

⁵⁶ Ausdrücklich zulässig erklärt in Verwaltungsentscheide Heft 10 Nr. 21.

IV. TEIL

Die beamtenrechtlichen Beschränkungen der übrigen Freiheitssphäre

§ 15. Die Niederlassungsfreiheit

I. Der Begriff

Die Niederlassungsfreiheit im Sinne von Art. 45 BV bedeutet das *Recht des Schweizerbürgers, sich an jedem beliebigen Orte des Landes niederzulassen und daselbst zu wohnen*, sofern die verfassungsrechtlich vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind ¹. Zu diesen Voraussetzungen gehört namentlich, daß der betreffende Bürger einen Heimatschein oder eine andere gleichbedeutende Ausweisschrift besitzt ².

Die Niederlassungsfreiheit schließt das Recht in sich, den bisherigen Wohnort zu verlassen und sich anderswo niederzulassen. Und zwar gilt dieses Recht *interkantonal und intrakantonal*, letzteres sowohl in dem Sinne, daß der kantonsfremde Schweizerbürger in jeder beliebigen Gemeinde des Niederlassungskantons Wohnsitz nehmen darf, als auch in dem Sinne, daß sich der Kantonsbürger in jeder Gemeinde seines Heimatkantons niederlassen kann ³.

Der Niederlassungsfreiheit des Individuums entspricht die Pflicht der Kantone, eine Verlegung des Wohnsitzes nicht zu verhindern oder zu erschweren, m. a. W. den Wegzug zu gestatten und die Niederlassung auch allen kantonsfremden Schweizerbürgern zu gewähren, d. h. ihnen die Niederlassungsbewilligung zu erteilen, wenn die verfassungsrechtlich vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind ⁴.

¹ Vgl. Hans Nef, Niederlassungsfreiheit, Schweiz. Jur. Kartothek Nr. 168 I; Fleiner/Giacometti 248/249; Burckhardt, Komm. 387.

² Art. 45 Abs. 1 BV.

³ So insbes. Hans Nef, a. a. O.

⁴ So insbes. Hans Nef, a. a. O.

Das Recht des Schweizerbürgers, sich an einem beliebigen Orte des Landes niederzulassen und daselbst Wohnsitz zu nehmen, gilt — wie jedes andere Freiheitsrecht — nur unter dem *Vorbehalt entgegenstehender öffentlich-rechtlicher Pflichten* ⁵. Als derartige Pflichten fallen insbesondere die Pflicht zur Leistung von Militärdienst, die Pflicht zur Verbüßung von Freiheitsstrafen und bestimmte Amtspflichten in Betracht, die — wie Burckhardt treffend bemerkt — ohne Verkürzung der Bewegungsfreiheit schlechterdings nicht denkbar sind ⁶.

II. Die beamtenrechtlichen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit ⁷

1. Der allgemeine Grundsatz

Die Niederlassungsfreiheit der Beamten, ihr Recht auf freie Wahl des Niederlassungs- und Wohnortes, unterliegt *besonderen*, nur für sie geltenden Beschränkungen. Diese bestehen — ganz generell gesprochen — darin, daß den Beamten ohne Verletzung der verfassungsmäßig garantierten Niederlassungsfreiheit *untersagt* werden darf, *sich anderswo als an ihrem Dienstort niederzulassen und zu wohnen, wenn dadurch ihre Amtstätigkeit in Mitleidenschaft gezogen werden könnte*. Das erscheint als selbstverständlich und gilt auch ohne besondere Vorschrift. Die Beamten haben ihre volle Arbeitskraft dem Amte zu widmen und dürfen deshalb nicht so weit von ihrem Dienstort entfernt wohnen, daß ihre Arbeitskraft unter dem langen und zeitraubenden Weg zur Arbeit leidet ⁸. Zudem gibt es zahlreiche Beamtungen — man denke etwa an den Zoll- und den Polizeidienst, an öffentliche Betriebe wie Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke usw. —, welche ihrer Natur nach eine erhöhte oder sogar ständige Dienst-

⁵ Vgl. hiezu vorn § 3, V, 2, b, S. 70 f.

⁶ Vgl. Burckhardt, Komm. 392.

⁷ Vgl. zum folgenden insbes. Walter Fischler, § 10, S. 104 ff.

⁸ Vgl. hiezu BGE 56 I 494 ff. (auszugsweise auch im Zentralblatt 32 [1931] S. 170 ff. veröffentlicht). Ein höherer Zollbeamter, der seine dienstlichen Obliegenheiten in der Stadt G. zu erfüllen hatte, erhielt nach wiederholten Gesuchen die Bewilligung, seinen Wohnsitz nach seinem etwa 15 km entfernten Heimatdorf C. zu verlegen. Als sich jedoch zeigte, daß der Zollbeamte der Arbeit krankheitshalber häufig fern blieb und nachdem es laut ärztlichem Zeugnis als wahrscheinlich angesehen werden mußte, daß die vier Bahnfahrten, die er täglich zwischen Wohn- und Dienstort zu machen hatte, an seiner Nervosität und Übermüdung schuld waren, wurde ihm die erteilte Bewilligung, außerhalb des Dienstortes zu wohnen, wieder entzogen.

bereitschaft erforderlich machen, die nur dann gewährleistet ist, wenn die betreffenden Beamten an ihrem Dienstort wohnen ⁹.

2. Die Residenzpflicht

a) Die Regelung im allgemeinen

Der (unter Ziff. 1) dargelegte Grundsatz hat in vielen Beamten-gesetzen in Gestalt der sog. *Residenzpflicht* eine gewisse Positivierung erfahren, sei es, daß der Beamte verpflichtet wird, an seinem *Dienstort* ¹⁰ oder doch wenigstens innerhalb des betreffenden *Kantons* ¹¹ Wohnsitz zu nehmen, sei es, daß den zuständigen Behörden (dem Regierungsrat bzw. dem kantonalen Gericht) ausdrücklich die Kompetenz eingeräumt wird, den ihnen unterstellten Beamten ihren Wohnsitz vorzuschreiben ¹².

Dabei wird aber in der Regel die Möglichkeit vorgesehen, daß dem Beamten — sofern es die besondere Art seines Dienstes überhaupt gestattet — die Ermächtigung erteilt werden könne, sich anderswo, gegebenenfalls sogar außerhalb des Kantons niederzulassen ¹³; dies allerdings nur unter der Voraussetzung, daß das auswärtige Wohnen die Amtstätigkeit in keiner Weise beeinträchtigt ¹⁴. Vereinzelt wird die Bewilligung, auswärts zu wohnen, überdies vom Vorliegen wichtiger Gründe abhängig gemacht ¹⁵; ein solcher Grund

⁹ Mit der Verpflichtung, am Dienstort zu wohnen, wird neben der Steigerung der Dienstbereitschaft auch die Förderung des Interesses am Gemeinwesen und — nicht zuletzt — die Entrichtung der *Steuern* an das anstellende Gemeinwesen bezweckt. So bestimmt Art. 23 II BtG Graubünden ausdrücklich, daß vollamtliche Funktionäre im Kanton Steuerdomizil nehmen müssen. Vgl. auch Hans Müller 25.

¹⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 1 Satz 1 BBtG; Art. 9 Abs. 1 Satz 1 BAO; § 3 Besoldungsdekret Bern; Art. 23 I BtG Graubünden; insbes. § 3 Satz 1 BtG Thurgau; Art. 26 I BtG Neuenburg.

¹¹ Vgl. § 22 BtG Luzern; § 31 BtG Nidwalden; § 95 BtG Zug; § 17 Satz 1 BtG Basel-Stadt; Art. 7 Abs. 1 BtG Schaffhausen; § 11 Abs. 5 BtG Appenzell A.-Rh.; Art. 23 II BtG Graubünden; § 3 BtG Thurgau; Art. 6 Abs. 3 BtG Genf.

¹² Vgl. § 6 BtG Uri; § 23 BtG Glarus; § 19 BtG Solothurn; Art. 23 I BtG Graubünden; Art. 10 I BtG Tessin; Art. 21 BtG Waadt.

¹³ Vgl. Art. 8 Abs. 1 Satz 2 BBtG; Art. 9 Abs. 1 Satz 2 BAO; § 17 Satz 2 BtG Basel-Stadt; Art. 7 Abs. 2 BtG Schaffhausen; Art. 23 I und II BtG Graubünden; § 3 Sätze 2 und 4 BtG Thurgau; Art. 26 I BtG Neuenburg.

¹⁴ Diese Voraussetzung gilt auch dort, wo es an einer dahingehenden Vorschrift fehlt. Sie ergibt sich aus dem unter Ziff. 1 dargelegten Grundsatz. Ausdrücklich erwähnt wird sie in: Art. 7 Abs. 2 BtO I; Art. 6 Abs. 2 BtO II; Art. 9 Abs. 2 BAO; § 3 Satz 2 BtG Thurgau.

¹⁵ So in den Kantonen Schaffhausen (Art. 7 Abs. 2 BtG) und Thurgau (§ 3 Satz 4 BtG).

liegt insbesondere etwa vor, wenn am Dienstort Wohnungsmangel herrscht¹⁶. Sind die gesetzlich vorgesehenen Bedingungen aber erfüllt, so darf die Ermächtigung nicht verweigert werden¹⁷; etwas anderes wäre Willkür. Die Mißachtung der Residenzpflicht stellt ein Disziplinarvergehen dar und wird als solches geahndet¹⁸.

b) Das Bundesbeamtenrecht

Die Residenzpflicht der Bundesbeamten wurde nicht erst durch das Bundesbeamtengesetz von 1927 eingeführt; sie war auch dem früheren Recht schon bekannt. Das Organisationsgesetz von 1914¹⁹ verpflichtet die Mitglieder des Bundesrates, den Bundeskanzler, die beiden Vizekanzler und die Chefs der in Bern befindlichen Abteilungen der Bundesverwaltung, an ihrem Arbeitsdomizil, in Bern, zu wohnen²⁰. Gleichzeitig räumte dieses Gesetz dem Bundesrat die Kompetenz ein, «mit Bezug auf den Wohnort der übrigen Bundesbeamten nötigenfalls die den Bedürfnissen der Verwaltung entsprechenden Verfügungen» zu treffen²¹. Die Beamten der Zoll-, Post-, Telegraphen- und Telephonverwaltung sowie diejenigen der schweizerischen Bundesbahnen hatten nach den für sie geltenden Sondervorschriften an ihrem Dienstort oder in einem genau bezeichneten Umkreis desselben zu wohnen²².

¹⁶ Das BtG *Basel-Stadt* statuiert in § 17 die Residenzpflicht im Kanton. *Ausnahmen* bewilligt im Einzelfall auf *begründetes Gesuch* die zuständige Behörde. «In der Absicht, über die Bewilligung von Gesuchen um Auswärtswohnen ... einheitliche Bestimmungen aufzustellen», erließ der *Regierungsrat* im Februar 1954 ein *Reglement*, wonach die Bewilligung aus *drei Gründen* erteilt werden soll:

1. wenn der *Gesundheitszustand* des Gesuchstellers oder eines Familiengliedes es dringend geboten erscheinen läßt;
2. wenn infolge *Wohnungsnot* im Gebiete des Kantons Basel-Stadt dem Gesuchsteller nachweisbar keine zumutbare Wohnung zur Verfügung steht;
3. wenn die Wahrung eines *öffentlichen Interesses* die Bewilligung geboten erscheinen läßt.

Vgl. dazu NZZ Nr. 378 vom 17. Februar 1954 Bl. 2.

¹⁷ Vgl. in diesem Sinne die Botschaft des BR vom 18. Juli 1924 zum BBtG, BBl 1924 III 64: «Nur wenn das Wohnen am Dienstorte eine dienstliche Notwendigkeit bedeutet, ... sollte an der gesetzlichen Verpflichtung festgehalten werden.»

¹⁸ Vgl. insbes. BGE 56 I 496 Erw. 3, auszugsweise auch im Zentralblatt 32 (1931) S. 170 ff. veröffentlicht, teilweise wiedergegeben in N 8 hievor.

¹⁹ BG vom 26. März 1914 über die Organisation der Bundesverwaltung (BS 1, S. 261 ff.).

²⁰ Art. 1 Abs. 2 1. c.

²¹ Art. 1 Abs. 3 1. c.

²² Vgl. Walter Fischler 104/105 und die dort zit. Vorschriften.

Das Bundesbeamtengesetz von 1927 hat diese Bestimmungen, soweit sie sich nicht auf die Magistrate beziehen, übernommen und die *Residenzpflicht generell auf alle Beamten* ausgedehnt. Nach Art. 8 Abs. 1 BBtG hat der Beamte an dem ihm von der Wahlbehörde angewiesenen Dienstorte zu wohnen²³. Will er sich außerhalb des Dienstortes niederlassen, so hat er bei der zuständigen Amtsstelle auf dem Dienstwege die Ermächtigung dazu einzuholen²⁴. Die Bewilligung kann verweigert oder zurückgezogen werden, wenn der Dienst es erfordert oder das auswärtige Wohnen nachteilig auf die Dienstbesorgung einwirken könnte²⁵.

Der Residenzpflicht des Beamten entspricht logischerweise die *Pflicht des Gemeinwesens*, in welchem der Dienstort liegt, dem Beamten die *Niederlassung zu bewilligen*. Zur Erteilung der Niederlassungsbewilligung sind grundsätzlich die Kantone zuständig. Ihren eigenen Beamten und denjenigen ihrer Gemeinden werden sie diese Bewilligung regelmäßig ohne weiteres erteilen. Sie dürfen sie aber auch dem Beamten des Bundes, der gesetzlich verpflichtet ist, sich in ihrem Gebiete niederzulassen, nicht verweigern, und zwar selbst dann nicht, wenn die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Verweigerung oder den Entzug der Niederlassungsbewilligung erfüllt sein sollten²⁶. Das heißt aber — wie auch aus den Materialien des Bundesbeamtengesetzes hervorgeht —, daß der Bundesbeamte für die

²³ Für die Instruktionsoffiziere der schweiz. Armee gilt eine besondere Regelung. Nach Art. 9 des BRB vom 14. Januar 1949 betr. das Dienstverhältnis des Instruktionskorps (Instruktorenordnung) bezeichnet das Militärdepartement für jeden Dienstort einen Wohnkreis, innerhalb welchem der Instruktor Wohnsitz zu nehmen hat. In den Bestimmungen der früheren Instruktionenordnung (VO vom 30. Januar 1931 über das Dienstverhältnis des Instruktionskorps) kam der Interessenkonflikt zwischen Residenzpflicht und Niederlassungsfreiheit besonders deutlich zum Ausdruck. Die Neuregelung trägt insbes. allfälligem Wohnungsmangel am Dienstort Rechnung.

²⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 2 BBtG; Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BtO I; Art. 6 Abs. 1 Satz 2 BtO II; Art. 9 Abs. 1 Satz 2 BAO.

²⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 2 BtO I; Art. 6 Abs. 2 BtO II; Art. 9 Abs. 2 BAO. — Im Entwurf der beiden Beamtenordnungen war vorgesehen, daß die Ermächtigung zur Verlegung des Wohnsitzes außerhalb des Dienstortes auch verweigert oder widerrufen werden könne, wenn diese Verlegung offenkundig nur gewünscht werde, um in den Genuß einer *Ortszulage* oder einer *höheren Ortszulage* zu kommen. Auf Betreiben des Föderativverbandes wurde diese Bestimmung jedoch fallen gelassen, nicht zuletzt deshalb, weil der Nachweis der erwähnten Absicht kaum je gelingen könnte. Vgl. Protokoll der Beratungen der paritätischen Kommission Nr. 2 vom 30. Januar 1930; vgl. auch die Botschaft des BR vom 18. Juli 1924 zum BBtG, BBl 1924 III 64.

²⁶ Vgl. Art. 8 Abs. 2 Satz 2 BBtG: «Niederlassung oder Aufenthalt dürfen dem Beamten nicht verweigert werden.»

Niederlassung am Dienstort grundsätzlich überhaupt keiner Bewilligung bedarf ²⁷. Das ist — wie ImHof mit Recht ausführt — kein verfassungswidriger Eingriff in die Zuständigkeit der Kantone, weil die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben des Bundes nicht davon abhängig sein kann, ob die Kantone seine Organe auf ihrem Gebiet dulden wollen ²⁸. Wie aus der parlamentarischen Beratung des Bundesbeamtengesetzes hervorgeht, soll den Beamten die Niederlassung am Dienstort auch durch die außerordentliche Gesetzgebung gegen die *Wohnungsnot* nicht verweigert werden können ²⁹, und der Bundesrat hat diese Auffassung im Falle eines Bahnarbeiters mit Entscheid vom 17. Oktober 1944 ausdrücklich bestätigt, wobei er u. a. ausführte, das Beamten- und Arbeiterrecht des Bundes gehe als *lex specialis* dem BRB vom 15. Oktober 1941 betreffend Maßnahmen gegen die Wohnungsnot vor. Das Recht des Beamten oder Arbeiters auf Niederlassung an dem ihm als Wohnort angewiesenen Dienstort sei nicht privatrechtlicher Natur; es bestehe im öffentlichen Interesse, wie auch die Verpflichtung, am Dienstort zu wohnen, im öffentlichen Interesse begründet sei ³⁰.

Um den Kantons- und Gemeindebehörden die zuverlässige Schriftenkontrolle zu erleichtern, verpflichtet der Gesetzgeber die Beamten, ihre *Ausweisschriften* am Dienstort zu *hinterlegen* ³¹. Für diese Hinterlegung hat der Beamte wie jeder andere Bürger die *ordentlichen Gebühren* zu entrichten ³².

²⁷ Nach Art. 6 des BG vom 23. Dezember 1851 über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft bedurften die eidgenössischen *Zentralbeamten* als solche am Orte ihrer Amtsverrichtung keiner Niederlassungsbewilligung. Dagegen haftete der Bund den Kantonen dafür, daß ihnen seine Beamten infolge der Residenzpflicht nie zur Last fallen sollten. Das Bundesbeamtengesetz von 1927 hält am Grundsatz fest, daß die Beamten — und zwar nicht nur die Zentralbeamten — für die Niederlassung am Dienstort *keiner* Bewilligung bedürfen. Dagegen ließ man die Haftungsbestimmung zugunsten der Kantone fallen, in der Meinung, sie erübrige sich, da die Bundesbeamten staatlich besoldet und zudem gegen die wirtschaftlichen Folgen von Invalidität, Alter und Tod versichert seien, sodaß die Gefahr einer Verarmung nicht bestehe. Vgl. hiezu die Botschaft des BR vom 18. Juli 1924 zum BBtG, BBl 1924 III 64 ff.

²⁸ Vgl. ImHof 370a und die Botschaft des BR a. a. O. 64/65.

²⁹ Vgl. StenBull StR 1925 S. 241.

³⁰ Vgl. Verwaltungsentscheide Heft 17, 1944/45 Nr. 14 S. 35.

³¹ Vgl. Art. 8 Abs. 2 Satz 1 BBtG.

³² Nach dem bundesrätlichen Entwurf sollte der Bundesbeamte seine Ausweisschriften gebührenfrei hinterlegen können (Botschaft des BR a. a. O. 65/66). Diese Bestimmung wurde jedoch vom Parlament gestrichen (StenBull StR 1925 S. 84; StenBull NR 1926 S. 255).

c) Das kantonale Beamtenrecht

Die kantonalen Vorschriften über die Residenzpflicht der Beamten geben zu keinen besondern Ausführungen Anlaß. Es sei lediglich auf die beiden ausführlichsten und auch inhaltlich interessantesten der einschlägigen Bestimmungen hingewiesen, diejenigen der Kantone *Graubünden* und *Thurgau*. Sie lauten:

1. *BtG Graubünden Art. 23:*

«Die Wahlbehörde kann den vollamtlichen Funktionären vorschreiben, einen bestimmten Wohnsitz zu nehmen.

Sie haben bei vollamtlicher Anstellung im Kanton Steuerdomizil zu nehmen. Über Ausnahmen entscheidet der Kleine Rat.»³³

2. *BtG Thurgau § 3:*

«Beamte und Angestellte haben an ihrem Dienstort Wohnsitz zu nehmen. Im Einvernehmen mit seinem Departementschef kann ein Beamter in einer andern thurgauischen Gemeinde wohnen, wenn seine dienstlichen Verpflichtungen dadurch nicht beeinträchtigt werden. Anstände hierüber entscheidet der Regierungsrat. Wohnsitznahme außerhalb des Kantons ist nur ausnahmsweise aus wichtigen Gründen statthaft; es bedarf dafür stets einer Bewilligung des Regierungsrates. Für die Fahrt vom Wohnort zum Dienstort hat der Beamte oder Angestellte selbst aufzukommen.»

3. *Weitere Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit*

a) Die Pflicht zum Bezug einer Dienstwohnung

Gewissen Kategorien von Beamten ist nicht nur die freie Wahl ihres Wohnortes genommen, sondern sie werden überdies auch verpflichtet, die ihnen zugewiesene Dienstwohnung zu beziehen. Das hängt damit zusammen, daß manche Beamtungen eine ständige Präsenzzeit erfordern, sodaß sich die Verpflichtung zum Bezüge einer Dienstwohnung vollauf rechtfertigt³⁴. Eine ständige Bereitschaft ist insbesondere in gewissen öffentlichen Betrieben erforderlich, man denke etwa an die Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke, an die Post-, Telegraphen- und Telephonbetriebe und an die Eisenbahnen.

³³ Art. 23 Abs. 3 BtG Graubünden betrifft die Pflicht zum Bezug einer Dienstwohnung.

³⁴ Vgl. ImHof 306a; Walter Fischler 105.

Damit dem Beamten aber der Bezug einer Dienstwohnung zugemutet werden kann, muß eine *dringende dienstliche Notwendigkeit* hiezu bestehen. Die Verrichtungen des Beamten im betreffenden öffentlichen Betrieb müssen dermaßen wichtig sein, daß seine Anwesenheit bei jeder Tages- und Nachtzeit notwendig erscheint. So kann etwa der Betriebsleiter eines Gas- oder Elektrizitätswerkes oder der Abwart eines Verwaltungsgebäudes zum Bezuge einer Dienstwohnung verpflichtet werden, nicht aber der kaufmännische Angestellte eines öffentlichen Betriebes. Wo es die Interessen des Dienstes nicht erfordern, daß der Beamte eine bestimmte Wohnung bezieht, darf ihm eine dahingehende Verpflichtung nicht auferlegt werden; sie wäre in diesem Falle verfassungswidrig ³⁵.

Die Pflicht zum Bezuge einer Anitswohnung ist in manchen Beamtenengesetzen ausdrücklich vorgesehen und mehr oder weniger eingehend geregelt ³⁶. Die einschlägigen Bestimmungen geben indessen zu keinen Bemerkungen Anlaß.

b) Versetzung an einen andern Dienstort

Eine weitere Beschränkung in seiner Niederlassungsfreiheit erleidet der Beamte schließlich dann, wenn der Staat kraft Gesetzes befugt ist, ihn während der Amtsdauer nach freiem Ermessen an einen andern Dienstort zu versetzen ³⁷. Eine solche — nicht disziplinarische — Versetzung darf aber stets nur vorgenommen werden, wenn es der Dienst oder die wirtschaftliche Verwendung der Arbeitskräfte erfordert ³⁸. Widersetzt sich der Beamte der Versetzung, so macht er sich disziplinarisch strafbar ³⁹.

³⁵ So insbes. Walter Fischler 106.

³⁶ Vgl. Art. 17 BBtG; Art. 19 BAO; Art. 15 BtO I; Art. 11 BtO II; § 23 BtG Luzern; §§ 33, 34 BtG Basel-Stadt; § 40 BtG Basel-Land; § 22 BtG Appenzell A.-Rh.; § 29 BtG Appenzell I.-Rh.; Art. 23 III BtG Graubünden; Art. 10 BtG Tessin; Art. 21 BtG Waadt; Art. 26 II BtG Neuenburg.

³⁷ Vgl. Art. 9 BBtG; Art. 10 BAO; § 15 AVO Bern; Art. 14 BtG Freiburg; Art. 16 BtG Graubünden; Art. 18 BtG Waadt; Art. 24 BtG Neuenburg. — Vgl. auch ImHof 306a; Walter Fischler 107 f.

³⁸ So ausdrücklich Art. 9 BBtG.

³⁹ Vgl. die unveröffentlichten BGE vom 22. Februar 1929 i. S. A. B. ca. schweiz. Eidgenossenschaft und BGE vom 10. Februar 1938 i. S. U. M. ca. Oberzoll-direktion.

Anhang I

Die einschlägigen beamtenrechtlichen Erlasse des Bundes und der Kantone¹

(Stand im Februar 1954)

A. Bund

1. BG vom 30. Juni 1927 / 24. Juni 1949 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten, *BBtG* ², BS 1 S. 489, AS 1949 S. 1719.
2. VO vom 26. September 1952 über das Dienstverhältnis der Beamten der allgemeinen Bundesverwaltung (Beamtenordnung I), *BtO I*, AS 1952 S. 659.
3. VO vom 26. September 1952 über das Dienstverhältnis der Beamten der Schweizerischen Bundesbahnen (Beamtenordnung II), *BtO II*, AS 1952 S. 700.
4. VO vom 26. September 1952 über das Dienstverhältnis der Angestellten der allgemeinen Bundesverwaltung (Angestelltenordnung), *BAO*, AS 1952 S. 729.

B. Kantone

1. *Zürich*, VO vom 15. März 1948 über die Amtsstellung und Besoldung der Beamten und Angestellten der Verwaltung und der Rechtspflege, *BtG Zürich*.

Zürich, Vollziehungsbestimmungen des Regierungsrates vom 19. April 1951 zur VO vom 15. März 1948 über die Amtsstellung und Besoldung der Beamten und Angestellten der Verwaltung und der Rechtspflege, *VVO zum BtG Zürich*.

¹ Die wichtigsten, in dieser Arbeit kurz *Beamtengesetze (BtG)* genannten Erlasse sind die in der *Abkürzungsform* ausgezeichneten. Siehe auch vorn § 2, I, 1.

² Je am Ende des Zitates findet sich die in der Arbeit verwendete Abkürzung des betreffenden Erlasses.

2. *Bern*, Gesetz vom 7. Februar 1954 über das Dienstverhältnis der Behördenmitglieder und des Personals der bernischen Staatsverwaltung, *BtG Bern*.
Bern, Dekret vom 20. März 1918 über die Anstellungsverhältnisse in der Zentralverwaltung und den Bezirksverwaltungen, AVO *Bern*.
Bern, Dekret vom 5. April 1922 betreffend die Besoldungen der Beamten, Angestellten und Arbeiter des Staates *Bern*.
3. *Luzern*, Gesetz vom 28. Juni 1948 über das Dienstverhältnis der Behörden, Beamten und Angestellten (Beamtengesetz), *BtG Luzern*.
4. *Uri*, VO vom 13. Februar 1948 über die Entschädigung der kantonalen Beamten und Angestellten (Dienst- und Besoldungsverordnung), *BtG Uri* (in Revision begriffen).
5. *Schwyz*, VO vom 31. Januar 1947 über die Besoldung der Behörden, Beamten, Angestellten und Arbeiter des Kantons Schwyz, *BtG Schwyz*.
6. *Obwalden*, Besoldungsgesetz vom 25. April 1920, *BtG Obwalden* (ein erster Entwurf zu einem neuen BtG wurde im Mai 1947, ein zweiter am 14. Mai 1950 vom Volke verworfen).
7. *Nidwalden*, Gesetz vom 29. April 1951 über die Besoldung der kantonalen Behörden, Beamten und Angestellten, *BtG Nidwalden*.
8. *Glarus*, Gesetz vom 5. Mai 1946 über die Behörden und Beamten des Kantons Glarus, *BtG Glarus*.
9. *Zug*, Gesetz vom 14. November 1946 über die Besoldung der Behörden, Beamten und Angestellten und die Organisation der Verwaltung des Kantons, *BtG Zug*.
10. *Freiburg*, Gesetz vom 15. November 1951 über das Dienstverhältnis der Staatsbeamten, *BtG Freiburg*.
Freiburg, Gesetz vom 23. November 1951 über die Besoldungen des Staatspersonals.
11. *Solothurn*, Gesetz vom 23. November 1941 über das Staatspersonal, *BtG Solothurn* ³.
Solothurn, RRB Nr. 1612 vom 15. April 1942 betr. vorläufige Richtlinien über die Unvereinbarkeiten und Nebenbeschäftigungen des Staatspersonals ⁴.

³ Sammelband «Rechte und Pflichten des solothurnischen Staatspersonals», herausg. von der Staatskanzlei, Juni 1943.

⁴ Sammelband S. 22 ff.

12. *Basel-Stadt*, Gesetz vom 25. November 1926 betreffend die Dienstverhältnisse und die Besoldungen der Beamten, Angestellten und Arbeiter des Kantons Basel-Stadt (Beamtengesetz), *BtG Basel-Stadt* ⁵.
13. *Basel-Landschaft*, Gesetz vom 14. November 1944 betreffend das Dienstverhältnis der Beamten, Angestellten und Arbeiter des Staates sowie der Lehrer und Pfarrer (Besoldungsgesetz), *BtG Basel-Land* ⁶.
14. *Schaffhausen*, Gesetz vom 1. Juli 1919 über die staatlichen Besoldungsverhältnisse (Besoldungsgesetz), *BtG Schaffhausen*.
Schaffhausen, Novelle vom 24. Mai 1943 zum Besoldungsgesetz vom 1. Juli 1919, *BtG-Novelle Schaffhausen*.
15. *Appenzell A.-Rh.*, VO vom 1. Dezember 1949 betreffend die Dienstverhältnisse und Besoldungen der kantonalen Beamten und Angestellten, *BtG Appenzell A.-Rh.*
16. *Appenzell I.-Rh.*, VO vom 1. Juni 1926 betreffend das Dienstverhältnis der Beamten und Angestellten des Kantons Appenzell I.-Rh. «Besoldungs-Verordnung» (mit seitherigen Revisionen), *BtG Appenzell I.-Rh.*
17. *St. Gallen*, Dienst- und Besoldungsordnung des Staatspersonals vom 26. April / 10. Mai 1946 (mit seitherigen Abänderungen), *BtG St. Gallen*.
18. *Graubünden*, VO vom 29. November 1951 über das Dienstverhältnis der Funktionäre des Kantons Graubünden (Personalverordnung), *BtG Graubünden*.
19. *Aargau*, Dekret vom 8. Mai 1944 betr. das Dienstverhältnis und die Besoldungen der Staatsbeamten, *BtG Aargau*.
Aargau, VVO vom 22. Juli 1944 zum Dekret betr. das Dienstverhältnis und die Besoldungen der Staatsbeamten vom 8. Mai 1944, VVO zum *BtG Aargau*.
20. *Thurgau*, Kanzleireglement vom 29. Januar 1948 für die Verwaltung des Kantons Thurgau (Dienst- und Arbeitsordnung für die Beamten und Angestellten), Thurgauer Rechtsbuch 1948 S. 150, *BtG Thurgau*.

⁵ Sammelband, Ausgabe 1940.

⁶ Sammelband «Pflichten und Rechte der Staatsbediensteten», Separatabdruck aus der systematischen Gesetzessammlung 1948 S. 363 ff.

Thurgau, VO des Großen Rates vom 30. September 1946 über die Besoldungen der Beamten und Angestellten des Staates, der Anstalten, Bezirke und Kreise (Gesamtrevision bevorstehend), *Thurgauer Rechtsbuch* 1948 S. 215.

21. *Tessin*, Legge del 29 maggio 1946 sugli stipendi dei funzionari, impiegati ed operai dell'ordine amministrativo e giudiziario e delle aziende speciali dello Stato, *BtG Tessin*.

22. *Waadt*, Loi du 9 juin 1947 sur le statut général des fonctions publiques cantonales, *BtG Waadt*.

Waadt Arrêté d'application du 22 décembre 1950 de la loi du 9 juin 1947 sur le statut général des fonctions publiques cantonales, VVO zum BtG Waadt.

23. *Wallis*, Reglement vom 10. Februar 1944 betreffend die Ernennung der Beamten und Angestellten des Staates Wallis und Ergänzungsbestimmungen, *BtG Wallis* ⁷.

24. *Neuenburg*, Loi du 6 février 1951 concernant le statut des magistrats et des fonctionnaires de l'Etat, *BtG Neuenburg*.

Neuenburg, Règlement d'application de la loi concernant le statut des magistrats et des fonctionnaires de l'Etat du 12 février 1952, VVO zum BtG Neuenburg.

Neuenburg, Loi du 6 février 1951 concernant les traitements des magistrats, des fonctionnaires de l'Etat et du personnel des établissements d'enseignement public und Règlement d'application du 22 juin 1951.

25. *Genf*, Statut des fonctionnaires de l'administration cantonale, Arrêté du Conseil d'Etat du 6 juillet 1928, mit seitherigen Abänderungen, *BtG Genf* ⁸.

Genf, Statut des employés de l'administration cantonale, Arrêté du Conseil d'Etat du 6 juillet 1928, mit seitherigen Abänderungen, AVO Genf ⁹.

⁷ Sammelband Sitten 1946.

⁸ Sammelband der Staatskanzlei, Genf 1952.

⁹ a. a. O. S. 13 ff.

Vergleiche beispielshalber auch die folgenden Erlasse:

C. Gemeinden

1. *Aarau*, VO vom 10. Dezember 1945 über das Dienstverhältnis, die Besoldungen und Löhne der Beamten, Angestellten und Arbeiter der Gemeinde Aarau, Verordnungen des Gemeinderates Aarau NF Nr. 246, BeamtenVO Aarau.
2. *Lausanne*, Règlement du 14 juin 1949 pour le personnel de l'administration communale, Réimpression d'octobre 1947, Beamtenreglement Lausanne.

D. Deutschland

1. Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 (RGBl 1873 S. 61).
2. Military Government Law No. 15 vom 18. Februar 1949, «Bizonal Public Servants»; Gesetz No. 15 vom 18. Februar 1949 für die Verwaltungsangehörigen des vereinigten britisch-amerikanischen Wirtschaftsgebietes, erlassen von der Militärregierung in Deutschland.

E. Normalien

Normalien für den Erlaß von Reglementen betreffend das Dienstverhältnis der Funktionäre kantonaler und kommunaler Verwaltungen, herausgegeben vom Zentralverband des Staats- und Gemeindepersonals der Schweiz, Bern 1949.

Anhang II

Aemterlisten oder -verzeichnisse des Bundes und der Kantone

(Stand im Februar 1954)

1. *Bund*, BRB vom 7. April 1930 über das Verzeichnis der Ämter, deren Träger die Eigenschaft von Bundesbeamten haben (Ämterverzeichnis), BS I, 519, zur Zeit in Revision.
2. *Zürich*, §§ 16—29 BtG.
3. *Bern*, §§ 37—85 des Dekretes vom 5. April 1922 betreffend die Besoldungen der Beamten, Angestellten und Arbeiter des Staates Bern, zur Zeit in Revision.
4. *Luzern*, Dekret vom 23. Juni 1953 über die Besoldungen der administrativen und gerichtlichen Beamten und Angestellten des Staates sowie der Lehrerschaft.
5. *Uri*, § 23 BtG.
6. *Schwyz*, § 29 I BtG und RRB über die Einteilung der Beamten, Angestellten und Arbeiter des Kantons Schwyz in die Gehaltsklassen.
7. *Obwalden*, Besoldungsgesetz vom 25. April 1920.
8. *Nidwalden*, §§ 14—27 BtG.
9. *Glarus*, § 38 BtG.
10. *Zug*, §§ 12—49 BtG.
11. *Freiburg*, Staatsratsbeschluß betreffend Einreihung der Ämter in die Besoldungsklassen (gestützt auf Art. 3/4 Besoldungsgesetz).
12. *Solothurn*, § 40 II BtG, dazu KRB vom 18. Dezember 1941 über die Einreihung der Ämter in die Besoldungsklassen.
13. *Basel-Stadt*, §§ 66—93 BtG.
14. *Basel-Landschaft*, § 27 I BtG, dazu RRB vom 20. September 1945 betreffend die Einreihung der Ämter in die Besoldungsklassen.
15. *Schaffhausen*, Dekret vom 24. Mai 1943 über die Besoldungen der kantonalen Beamten, Angestellten und Arbeiter.

16. *Appenzell A.-Rh.*, § 23 II BtG und RRB über die Einreihung des Personals in die Gehaltsklassen.
17. *Appenzell I.-Rh.*, Art. 24 und 34 BtG.
18. *St. Gallen*, «Klassenordnung» des BtG.
19. *Graubünden*, Einreihungsplan für die Beamten und Angestellten (im Anhang zum BtG), Großratsbeschluß vom 29. November 1951.
20. *Aargau*, «Besoldungsklassen» im Anhang des BtG.
21. *Thurgau*, VO des Großen Rates vom 30. September 1946 über die Besoldungen der Beamten und Angestellten des Staates, der Anstalten, Bezirke und Kreise, insbes. Regulativ III; vgl. dazu auch Hermann Fisch, Das Beamtenverhältnis in der thurg. Zentralverwaltung 62 f.
22. *Tessin*, Art. 26/27 BtG.
23. *Waadt*, Art. 50 BtG, dazu Arrêté du 19 avril 1948 sur l'état, la classification et la définition des fonctions publiques cantonales sowie Arrêté du 19 avril 1948 sur l'organisation des départements.
24. *Wallis*, «Einteilung der Beamten und Angestellten der kantonalen Verwaltung», im Anhang des BtG.
25. *Neuenburg*, Art. 1 Règlement d'application du 22 juin 1951 de la loi concernant les traitements des magistrats, des fonctionnaires de l'Etat et du personnel des établissements d'enseignement public.
26. *Genf*, Loi du 22 octobre 1919 concernant le traitement des fonctionnaires ou employés nommés par le Conseil d'Etat.

Anhang III

Personalbestand in Bund, Kantonen und Gemeinden

I.

*Unselbständig Berufstätige ¹ in Verwaltungen und Betrieben
von Bund, Kantonen und Gemeinden nach der
Volkszählung von 1941 ²*

1. Eidgenössische Verwaltungen und Betriebe:

Männliche Berufstätige	72 862
Weibliche Berufstätige	8 506
Total	<u>81 368</u>

2. Kantonale Verwaltungen und Betriebe:

Männliche Berufstätige	41 693
Weibliche Berufstätige	13 363
Total	<u>55 056</u>

3. Kommunale Verwaltungen und Betriebe:

Männliche Berufstätige	57 970
Weibliche Berufstätige	15 699
Total	<u>73 669</u>

4. Total in Bund, Kantonen und Gemeinden

210 093

¹ Ob alle diese Personen als Beamte im Sinne der gegebenen Definition betrachtet werden können, ist zweifelhaft. Anfragen beim Eidg. Statistischen Amt in Bern brachten keine Abklärung dieser Frage.

² Vgl. das Statistische Jahrbuch der Schweiz, herausgegeben vom Eidg. Statistischen Amt, Basel, 1947, 56. Jg., 44.

II.

Das Bundespersonal im Jahre 1952, nach Anstellungsverhältnis gegliedert ³

Beamte	Angestellte	Arbeiter	Andere ⁴	Total
60 896	16 631	12 128	4485	94 140

III.

Personalbestand des Bundes im Jahre 1952 (Jahresmittel) ⁵

Zentral- verwaltung	Zoll- verwaltung	PTT	Übrige Regiebetriebe ⁶	SBB	Total
17 285	4200	29 553	5602	37 500	94 140

³ Vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1952, 409.

⁴ D. h. Gesandte, Lehrkörper der ETH, Instruktionsaspiranten, Lehrlinge, sowie Aushilfspersonal der SBB.

⁵ Vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1952, 409.

⁶ Inbegriffen die Betriebe mit eigener Rechnung.

Anhang IV

Beamtenverbände

Mitgliederbestand des Föderativverbandes des Personals öffentlicher Verwaltungen und Betriebe ¹

	1940	1945	1952	%
Schweiz. Eisenbahnerverband ² .	31 769	35 776	43 869	41,3
Personal öffentlicher Dienste ² .	18 979	22 478	28 918	27,2
Post-, Telephon-, Telegraphenangestellte ² . .	8 558	8 840	12 917	12,2
Gruppe Waffenfabriken ^{2 3} . .	1 055	2 000	1 468	1,4
Postbeamte ²	3 664	3 700	4 652	4,4
Telegraphen-, Telephonbeamte ² .	1 775	1 977	2 464	2,3
Zollbeamte	880	850	906	0,9
Posthalter	2 583	2 547	3 016	2,8
Beamte der eidg. Zentralverwaltung	2 299	3 639	5 219	4,9
Zollangestellte	2 481	2 734	2 762	2,6
Total Mitglieder ⁴	74 043	84 541	106 191	100

Mitgliederbestand des Zentralverbandes des Staats- und Gemeindepersonals der Schweiz ⁵

1940	1945	1952
8030	10 693	14 100

¹ Vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1944 S. 380; 1952 S. 368.

² Auch dem schweiz. Gewerkschaftsbund angeschlossen.

³ Inbegriffen Gruppe der Munitionsfabriken.

⁴ Wie viele dieser Mitglieder Beamte im Sinne der in § 2, III, S. 37, gegebenen Definition sind, ist nicht mit Bestimmtheit zu sagen. Es wird aber immerhin für die überwiegende Mehrheit zutreffen.

⁵ Vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1944 S. 379; 1952 S. 369.

Literaturverzeichnis

(Weitere Literaturangaben in den Anmerkungen)

- Abderhalden Ernst*, Die Vereinsfreiheit im schweizerischen Verfassungsrecht, insbes. ihr Verhältnis zum Zivilrecht, Diss. Bern 1938 oder Heft 134 der «Abhandlungen zum schweiz. Recht», neue Folge.
- Affolter A.*, Zur Lehre von der Persönlichkeit des Staates, Archiv für öffentliches Recht, herausgegeben von Laband/Mayer/Stoerk, Bd. 20, Tübingen 1906, S. 374—414.
- Affolter Urs*, Die rechtliche Stellung des Volkes in der Demokratie und der Begriff der politischen Rechte, Diss. Zürich 1948.
- Auer J.*, Die freie Meinungsäußerung des Beamten in der Demokratie, Veröffentlichungen des Zentralverbandes des Staats- und Gemeindepersonals der Schweiz, Bern 1948.
- Bendix*, Das Streikrecht der Beamten, Berlin-Grunewald 1922.
- Bericht* des Regierungsrates des Kantons Aargau über die im Jahre 1946 erfolgte Entlassung des Herrn Dr. Hektor *Ammann* als Staatsarchivar und Kantonsbibliothekar, Botschaft an den Großen Rat vom 3. April 1950 (zit. Bericht Ammann).
- Bernheimer Ruth*, Der Begriff und die Subjekte der verfassungsmäßigen Rechte nach der Praxis des Bundesgerichtes, Diss. Zürich 1930.
- Bertgen*, Die Beamten und die Vereinigungsfreiheit, ein Beitrag zur Klarstellung des Verhältnisses zwischen dem Beamtentum und den staatsbürgerlichen Rechten, Diss. Köln 1923.
- Bonhôte Serge*, La liberté d'association en droit public fédéral suisse, Diss. Neuenburg 1920.
- Bridel Marcel*, Sur les limites des libertés individuelles, Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV, herausgegeben von den jurist. Fakultäten der schweiz. Universitäten, Zürich 1948, S. 99—115.
- Burckhardt Walther*, Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939.
- Methode und System des Rechts, Zürich 1936.

- Burckhardt Walter*, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. neu durchgesehene und ergänzte A., Zürich 1944.
- Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. vollst. durchgesehene A., Bern 1931.
 - Schweizerisches Bundesrecht, staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit 1903, als Fortsetzung des Werkes von L. R. von Salis, 5 Bde., Frauenfeld 1930/1931.
 - L'Etat et le droit, Referat für den schweiz. Juristentag 1931, ZSR NF 1931 S. 137a—218a oder Separatabzug, Basel 1931.
 - Staatliche Autorität und geistige Freiheit, Vortrag, gehalten auf Veranstaltung der Freistudentenschaft, Zürich 1936.
- Bureau international du travail*, Etudes et documents, Série A (vie sociale), Nr. 28—32, La liberté syndicale, 5 Bde., Genf 1927/1930.
- Rapport VII, Liberté d'association et relations industrielles, internationale Arbeitskonferenz, 30. Session, Genf 1947.
- Cattaneo Giulio*, Lo stato giuridico dei pubblici ufficiali ed impiegati nel cantone Ticino, Diss. Zürich 1930.
- Cérésolle Michel*, La question des grèves de fonctionnaires en droit public français, Diss. Lausanne 1925.
- De Ruggiero Guido*, Storia del liberalismo europeo, 1. A., Bari 1925.
- Deutmann*, Beamtenverhältnis und politische Freiheit, Diss. Erlangen 1927.
- Die Schweiz der Arbeit*, herausgegeben vom schweizerischen Gewerkschaftsbund, Zürich 1948.
- Ducloux*, Die rechtliche Stellung der Beamten und Bediensteten des Kantons Luzern, Diss. Bern 1909.
- Du Pasquier Claude*, La liberté et le droit suisse, Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV, herausgegeben von den jurist. Fakultäten der schweiz. Universitäten, Zürich 1948, S. 1—18.
- Ernst Alfred*, Die Schranken der Pressefreiheit, Diss. Bern 1945.
- Ernst Richard*, Die Vereins- und Versammlungsfreiheit der Beamten, Diss. Tübingen 1930.
- Escher Hans*, Schweizerisches Bundesbeamtenrecht. Diss. Zürich 1903.
- Favre A.*, L'évolution des droits individuels de la Constitution, Referat für den schweiz. Juristentag 1936, ZSR NF 55 S. 292a ff.
- Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV*, herausgegeben von den jurist. Fakultäten der schweiz. Universitäten: «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Zürich 1948.

Fisch Hermann, Das Beamtenverhältnis in der thurgauischen Zentralverwaltung, Festgabe für Regierungsrat Anton Schmid, Frauenfeld 1942, S. 51—93.

- Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht des Beamten, Zentralblatt 50 (1949) S. 85—91.

Fischler Walter, Besonderes Gewaltverhältnis und verfassungsmäßige Rechte nach dem Bundesgesetz vom 30. Juni 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten, Diss. Zürich 1931 (Masch.-Schr.!).

Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

- Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. A., Neudruck für die Schweiz, Zürich 1939.
- Beamtenstaat und Volksstaat, Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 31—57, auch als Separatabzug erschienen.
- Einzelrecht und öffentliches Interesse, Festgabe für Paul Laband, Tübingen 1908, Separatabdruck.
- Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, Antrittsrede, Tübingen 1906.
- Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz, Antrittsrede, Zürich 1916.

Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Fritz Fleiner, Zürich 1949.

Flückiger Urs, Der Amtszwang, seine Stellung im liberal-demokratischen Staatsrecht und seine Ausgestaltung im Kanton St. Gallen, Diss. Zürich 1947.

Garbade Bernhard, Disziplinarrecht der Funktionäre im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1943.

Geilinger Robert, Die Institutionen der direkten Demokratie im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1947.

- Um die Meinungsfreiheit des Bundesbeamten, Zum «Fall Mutzner», NZZ Nr. 1860 vom 24. September 1947, Bl. 7.

Germann O. A., Schutz der persönlichen Freiheit im Strafrecht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV, herausgegeben von den jurist. Fakultäten der schweiz. Universitäten, Zürich 1948, S. 257—270.

Giacometti Zaccaria, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1933.

- Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941.

- Giacometti Zaccaria*, Die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts, Tübingen 1924.
- Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung, Antrittsrede, Tübingen 1925.
- Gisiger Walter*, Das Petitionsrecht in der Schweiz, historische Entwicklung und rechtliche Bedeutung, Diss. Zürich 1935.
- Graf Jakob*, Die Verantwortlichkeit des Beamten im Kanton St. Gallen, Diss. Zürich 1938.
- Grisel André*, La liberté d'opinion des fonctionnaires en droit fédéral suisse, Diss. Neuenburg 1937.
- Hafer Ernst*, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, allg. Teil, 2. neubearbeitete A., Bern 1946.
- Schweizerisches Strafrecht, bes. Teil, 2. Hälfte, Berlin 1943.
- Haug Hans*, Die Schranken der Verfassungsrevision. Das Postulat der richtigen Verfassung als normative Schranke der souveränen, verfassungsgebenden Gewalt, Diss. Zürich 1947.
- Heinemann*, Die Freiheit der politischen Gesinnung und Betätigung, Diss. Würzburg 1931.
- Hoerni Konrad*, Das Versammlungsrecht in der Schweiz, Diss. Zürich 1938.
- Huber Hans*, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, Referat für den schweiz. Juristentag 1936, ZSR NF 55 S. 1a ff.
- Soziale Verfassungsrechte?, Festgabe zur Hundertjahrfeier der schweiz. BV, herausgegeben von den jurist. Fakultäten der schweiz. Universitäten, Zürich 1948, S. 149—160.
- Die Koalitionsfreiheit, Vortrag, gehalten am 26. Oktober 1946 in der Hauptversammlung des bernischen Juristenvereins in Thun, ZBJV Bd. 83 (1947) S. 1—21.
- Grundsätzliche Erwägungen zum «Fall Mutzner», NZZ Nr. 1863 vom 25. September 1947, Bl. 2.
- Huber Max*, Die Bundesverfassung von 1848 als Ausdruck schweizerischen Freiheitswillens, Festrede, gehalten am 4. Juli 1948, Zürich 1948.
- Huber P.*, Das Dienstverhältnis des Bundesarbeiters, Diss. Zürich 1928.
- Jahrbücher «Die Schweiz»*, herausgegeben von der Neuen Helvetischen Gesellschaft (NHG), Brugg 1930 ff.
- Jellinek Georg*, Allgemeine Staatslehre, 3. A., durchgesehen und ergänzt von Walter Jellinek, Berlin 1914.

- Jellinek Georg*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. durchgesehene und vermehrte A., Tübingen 1905.
- Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 3. A., München und Leipzig 1919.
- ImHof A.*, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, ZSR NF 48 S. 231a ff.
- Kügi Werner*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Habilitationsschrift, Zürich 1945.
- Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV, herausgegeben von den jurist. Fakultäten der schweiz. Universitäten, Zürich 1948, S. 53—73.
 - Zurück zur Verfassung!, Jahrbuch «Die Schweiz» 1947, S. 40 bis 56, auch als Separatabdruck erschienen.
Rechtsstaat—Sozialstaat—sozialer Rechtsstaat, Jahrbuch «Die Schweiz» 1945, S. 129—146.
 - Auf dem Weg zur Staatsreform, vom Sinn der Verfassung, Jahrbuch «Die Schweiz» 1940/1941, S. 191—205.
 - Zur Lage der Schweiz im bedrohten Europa, von den geistigen Grundbedingungen des Widerstandes, Jahrbuch «Die Schweiz» 1949, S. 3—13.
 - Demokratie zwischen Individualismus und Kollektivismus, Jahrbuch «Die Schweiz» 1946, S. 62—75.
- Kahn Paul*, Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, Diss. Heidelberg 1912.
- Kern Th.*, Das Dienstrecht des Bundespersonals, Diss. Bern 1934.
- Kilchenmann Max*, La révocation des fonctionnaires administratifs, Diss. Lausanne 1945.
- Kirchhofer Emil*, Die Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht, ZSR NF 52 (1933), S. 1—48.
- Kley*, Die Freiheit der Meinungsäußerung im Beamtenrecht, Diss. Heidelberg 1928.
- Korner Hans*, Freie Meinungsäußerung und öffentliche Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit, Diss. Freiburg 1937.
- Kuster Werner*, Der Amtszwang im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1947.
- Laband Paul*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 5. A., 4 Bde., Tübingen 1911.
- Deutsches Reichsstaatsrecht, 7. A., bearbeitet von Otto Mayer, Tübingen 1919.

Ledermann Ernst, Das Grundrecht der Vereins- und Versammlungsfreiheit, nach deutschem und Schweizerrecht, Diss. Basel 1934 (Masch.-Schr.!).

Leimgruber O., Das Personal der öffentlichen Verwaltungen und Betriebe in der Schweiz, Zentralblatt 32 (1931) S. 273 ff.

— La Question des cumuls en Suisse, Bern 1939.

Letsch Reinhold, Disziplinalgewalt über Bundesbeamte und Rechtsschutz in Disziplinarsachen, Diss. Zürich 1933.

Linnewedel, Die Vereinigungsfreiheit der Beamten nach deutschem und französischem Recht, Diss. Göttingen 1923.

Meißer Hans, Demokratie und Liberalismus in ihrem Verhältnis zueinander, Diss. Zürich 1941.

Müller Hans, Staatsarbeiter und Beamtenrecht in der Schweiz, Zentralblatt 20 (1919) S. 168 und 21 (1920) S. 5 ff. oder Separat-
abdruck, Heft 21 der Beiträge zur schweiz. Verwaltungskunde,
Zürich 1919.

Nägeli H., Die Disziplinalgewalt des Staates und der Gemeinden über ihre Beamten und Angestellten, Diss. Zürich 1915.

Nawiasky Hans, Allgemeine Rechtslehre, St. Gallen 1941.

Nef Hans, Materielle Schranken der Verfassungsrevision, Vortrag, ZSR NF 61 (1942) S. 108—147.

— Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Anstellung, in Veröffentlichungen der schweiz. Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen, Heft 2, Personalprobleme der öffentlichen Verwaltung, Einsiedeln/Köln 1944, S. 23—36.

— Demokratie und Richtigkeit des Rechts, Antrittsrede, Zentralblatt 48 (1947) S. 377 ff.

— Niederlassungsfreiheit, schweiz. jurist. Kartothek, Karten 168 f.

— Preßfreiheit, schweiz. jurist. Kartothek, Karten 321 ff.

— Rechtsgleichheit, schweiz. jurist. Kartothek, Karte 546.

— Handels- und Gewerbefreiheit, schweiz. juristische Kartothek, Karten 616 ff.

— Vereinsfreiheit, schweiz. juristische Kartothek, Karte 698.

Nicolai, Die Meinungsfreiheit der Beamten, Diss. Rostock 1928.

Nievergelt, Beamtenrecht des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1916.

Oftinger Karl, Die Vertragsfreiheit, Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV, herausgegeben von den jurist. Fakultäten der schweiz. Universitäten, Zürich 1948, S. 315—333.

Oser/Schönenberger, Das Obligationenrecht, 2. Teil, 2. A., Zürich 1936.

- Preuß Hugo*, Das städtische Amtsrecht in Preußen, Berlin 1902.
- Radnitzky Ernst*, Zur Lehre von der Treuepflicht im Dienstverhältnis, Archiv für öffentliches Recht, Bd. 20, Tübingen 1906, S. 120—129.
- Romano Santi*, L'ordinamento giuridico, Pisa 1918.
- Ruck Erwin*, Schweizerisches Staatsrecht, 2. A., Zürich 1939.
- Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2. A., 2 Bde., Zürich 1939.
 - Freiheit und Rechtsstaat, Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV, herausgegeben von den jurist. Fakultäten der schweiz. Universitäten, Zürich 1948, S. 75—98.
- Ruffini Francesco*, Diritti di libertà, Turin 1926.
- Salis L. R. von*, Schweizerisches Bundesrecht, Staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit dem 29. Mai 1874, 2. bis Ende 1902 fortgeführte A., 5 Bde., Bern 1903/1904.
- Schaller Viktor*, Die disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten nach zugerischem Recht, Diss. Zürich 1944.
- Schindler*, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 2. A., Zürich 1944.
- Über die Bildung des Staatswillens in der Demokratie, Zürich 1921.
- Schleweis Willi*, Das Recht der Beamten auf freie Meinungsäußerung und politische Betätigung, Diss. Heidelberg 1932.
- Schmitt Carl*, Verfassungslehre, München und Leipzig 1928.
- Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, im Handbuch des deutschen Staatsrechtes Bd. 2 S. 572 ff.
- Secrétan Roger*, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, Korreferat am Juristentag 1929, ZSR NF 48 S. 492a ff.
- Simonius August*, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV, herausgegeben von den jurist. Fakultäten der schweiz. Universitäten, Zürich 1948, S. 281—296.
- Smend Rudolf*, Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig 1928.
- Sonder*, Behörden und Beamte nach bündnerischem Recht, Diss. Zürich 1918.
- Spahn Carl Alfred*, Staatsmacht und Individualsphäre, Zürich 1944.
- Spielmann Hugo*, Die Grundlage des Beamtenverhältnisses in der Schweiz, Diss. Basel 1931 (Masch.-Schr.!).

- Spoendlin Kaspar*, Die verfassungsmäßige Garantie der persönlichen Freiheit, Diss. Zürich 1945.
- Stückelberger Matthias*, Die disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit des Bundesbeamten, Diss. Basel 1945 (Masch.-Schr.!).
- Studhalter Arthur*, Der Beamtenstreik nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1924.
- Thür Joseph*, Demokratie und Liberalismus in ihrem gegenseitigen Verhältnis, Diss. Zürich 1944.
- Tobler Christof*, Der Stimmzwang in den schweiz. Kantonen, Diss. Zürich 1945, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, neue Folge Heft 118.
- Toggenburger Paul*, Preßfreiheit und demokratische Willensbildung, Diss. Zürich 1945.
- Tschudi H. P.*, Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, Habilitationsvorlesung, ZSR NF 67 (1948) S. 355 ff.
- Untersuchungsbericht* vom 10. Mai 1948 an das eidg. Finanz- und Zolldepartement für das Disziplinarverfahren gegen *Dr. Carl Mutzner*, gewesener Direktor des eidg. Amtes für Wasserwirtschaft, erstattet von der dafür bestimmten Untersuchungskommission, bestehend aus den Herren Dr. A. ImHof, Dr. H. Hinderling und Prof. Dr. Werner Kägi.
(zit. Untersuchungsbericht i. S. Dr. C. Mutzner.)
- Wimmer Wilhelm*, Die Beurteilung von Beamtenvergehen durch das Bundesgericht als Verwaltungsgerichtshof, Zentralblatt 37 (1936) S. 537 ff.
- Die Gestaltung des Rechtsschutzes bei den Besoldungs-, Pensions- und anderen vermögensrechtlichen Ansprüchen aus dem Bundesbeamtenverhältnis, ZSR NF 52 S. 203—298.
 - Das Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Bundesbeamtenverhältnis, Zentralblatt 30 (1931) S. 33 ff.
- Wyß Hans*, Das Recht der freien Meinungsäußerung in der deutschen Republik und in der Schweiz. Eidgenossenschaft, Diss. Basel 1929 (Masch.-Schr.!).

Curriculum vitae

Stadt und Bezirk Aarau sind meine engere Heimat. Am 21. Oktober 1923 wurde ich als Bürger von Rohr in Buchs geboren. Im Herbst 1931 zog ich mit meinen Eltern in die Stadt, wo ich die Schulen durchlief und im Frühjahr 1943 das Maturitätszeugnis der aargauischen Kantonsschule erlangte. Hierauf studierte ich in Zürich und Lausanne die Rechte. Nach Fertigstellung der vorliegenden Arbeit schloß ich meine Studien am 7. Juli 1951 mit der letzten mündlichen Teilprüfung erfolgreich ab.

Nachdem ich schon während der Semesterferien das vorgeschriebene Praktikum absolviert hatte, bestand ich im Herbst 1951 auch noch die aargauische Anwaltsprüfung und wurde am 22. Februar 1952 als aargauischer Fürsprecher vom Obergericht in Pflicht genommen.

Während meiner Studienzeit leistete ich rund 700 Tage Militärdienst und bekleide heute den Grad eines Hauptmanns der Infanterie.

